

JA 2018/176

□ JA 2018/176, Hoge Raad, 28-09-2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, ECLI:NL:PHR:2018:788, 18/00989 (annotatie)

Arbeidsongeschiktheidsverzekering, prejudiciële vragen (art. 392 Rv), Consumentenrecht, Oneerlijk beding Richtlijn 93/13/EEG

GEGEVENS

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	28-09-2018, 06-07-2018
Publicatie	JA 2018/176 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 10, 2018
Annotator	mr. dr. E.J. Wervelman
ECLI	ECLI:NL:HR:2018:1800, ECLI:NL:PHR:2018:788
Zaaknummer	18/00989, 18/00989
Overige publicaties	ECLI:NL:HR:2018:1800 PS-Updates.nl 2018-0773 NJB 2018/1829 RvdW 2018/1088 SEW 2018, afl. 11, p. 458 NTHR 2018, afl. 6, p. 320 RAV 2018/105 RCR 2018/102 ECLI:NL:PHR:2018:788
Rechtsgebied	Onrechtmatige daad en andere verbintenissen uit wet
Rubriek	Verzekeringen
Rechters	mr. Numann mr. Polak mr. Tanja-van den Broek mr. Kroeze mr. Wattendorff
Partijen	[Eiser] te [woonplaats], eiser in eerste aanleg advocaat in de prejudiciële procedure: mr. H.J.W. Alt, tegen Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij NV te Den Haag gedaagde in eerste aanleg advocaat in de prejudiciële procedure: mr. D.A. van der Kooij. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en Nationale-Nederlanden.
Regelgeving	Rv - 392

SAMENVATTING

Beantwoording van prejudiciële vragen door de Hoge Raad over de polisvoorwaarde waarin is bepaald dat de mate van arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld op basis van rapportages van door de verzekeraar aangewezen deskundigen. De verzekeringnemer wordt geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden, indien hij niet binnen 30 dagen zijn bezwaar tegen de vaststelling kenbaar heeft gemaakt. De Rechtbank Den Haag heeft bij vonnis van 7 maart 2018 prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad (ECLI:NL:RBDHA:2018:2733).

UITSPRAAK

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Hartlief)

1. Inleiding

1.1. In deze zaak heeft de rechtbank Den Haag een vijftal prejudiciële vragen gesteld¹ die, kort gezegd, aan de orde stellen of een bepaald, in de branche kenmerkend gebruikelijk, beding in de voorwaarden bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor consumenten oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG² en zo ja wat daarvan de consequenties zijn.

1.2. Het betreffende beding houdt, tot de kern teruggebracht, in dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt op basis van rapportages van

deskundigen die door hem zijn aangewezen, en dat de verzekerde geacht wordt het standpunt van de verzekeraar te aanvaarden als hij daartegen niet binnen 30 dagen bezwaar maakt.

1.3. De door de rechtbank geformuleerde vragen zien in de eerste plaats op de bescherming van genoemde Richtlijn: wanneer komt deze in beeld? In dit verband wil de rechtbank weten welke omstandigheden van belang zijn bij de vaststelling of betrokkene de arbeidsongeschiktheidsverzekering als consument is aangegaan (vraag 1). De volgende vragen zien op de beoordeling van het bedoelde beding als zodanig: is het betrokken beding voor consumenten oneerlijk? Daarbij brengt de rechtbank zowel de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid op basis van door de door verzekeraar aangewezen deskundigen als de bezwaartermijn van 30 dagen onder de aandacht (vraag 2). De derde vraag stelt aan de orde of het antwoord op vraag 2 afhankelijk is van omstandigheden zoals een eventueel recht op een herbeoordeling (second opinion). De laatste twee vragen komen enkel in beeld bij een eventueel negatief oordeel. Mocht het beding inderdaad oneerlijk zijn: wat zijn daarvan dan de consequenties? Wat is in dat geval, bijvoorbeeld, de status van reeds op basis van het beding tot stand gekomen rapportages?

1.4. Een beding zoals in dit geval aan de orde is, wordt door veel arbeidsongeschiktheidsverzekeraars gehanteerd.³ De vraag of een dergelijk beding als oneerlijk moet worden aangemerkt, is al verschillende malen aan de (feiten)rechter voorgelegd⁴ en heeft ook in de literatuur aandacht gekregen.⁵ In het Protocol bij claim op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van het Verbond van Verzekeraars zijn uitgangspunten vastgelegd voor de claimbehandeling, onder meer voor de wijze waarop de mate van arbeidsongeschiktheid bij een verzekerde wordt vastgesteld en over de mogelijkheid voor hem om daartegen bezwaar te maken.⁶ Desondanks verschillen de bedingen die in de praktijk worden gehanteerd, onderling overigens soms op niet onbelangrijke punten van elkaar; hegeen wellicht kan verklaren dat de vraag of zij oneerlijk zijn soms bevestigend,⁷ maar soms ook ontkennend⁸ is beantwoord. Bij eerste beschouwing van de betrokken feitenrechtspraak lijkt het antwoord onder meer af te hangen van de vraag of de verzekerde inspraak heeft bij de benoeming van de deskundige, of hij bezwaar kan maken tegen de inhoud en wijze van totstandkoming van diens rapportage en of hij recht heeft op een eventuele contra-expertise. De prejudiciële vragen zien, zo blijkt uit de al aangeduide vraag 3, mede op het gewicht dat moet worden toegekend aan het bestaan van dergelijke mogelijkheden bij de beoordeling of het beding als oneerlijk heeft te gelden.

1.5. In de onderhavige zaak staat artikel 14 van de polisvoorwaarden (hierna ook: PV) van Nationale-Nederlanden centraal.⁹ De tekst van deze polisbepaling luidt aldus:

“Artikel 14 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.”

1.6. De prejudiciële vragen die de rechtbank ter beantwoording heeft voorgelegd, luiden aldus:

“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?

Indien artikel 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, heeft de rechtbank nog de navolgende vragen:

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 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?

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?”

1.7. De opbouw van deze conclusie is als volgt. Na een weergave van de feiten en een samenvatting van het procesverloop in de onderhavige zaak (resp. onder 2. en 3.), wordt een zeker fundament gegeven aan de uiteindelijke beantwoording van de vragen. Daartoe wordt eerst kort ingegaan op de maatschappelijke achtergrond en betekenis van de privaatrechtelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering en wordt een korte schets gegeven van de Nederlandse arbeidsongeschiktheidsverzekeringspraktijk (onder 4.). Onder 5. wordt vervolgens ingegaan op doel en strekking van Richtlijn 93/13/EEG en wordt uiteengezet hoe een rechterlijke oneerlijkhedenbeoordeling plaatsvindt. Daarna wordt eerst de vraag besproken hoe moet worden beoordeeld of betrokkene een arbeidsongeschiktheidsverzekering als consument is aangegaan en welke gezichtspunten daarbij een rol spelen (onder 6.). Vervolgens wordt beoordeeld of een beding als hier aan de orde oneerlijk is (onder 7.), en komt aan de orde of de mogelijkheid van een second opinion daarbij van belang is (onder 8.). Daarna worden de bewijsrechtelijke consequenties uitgewerkt (onder 9.). Ten slotte volgt na het formuleren van antwoorden op de prejudiciële vragen (onder 10.) de conclusie (onder 11.).

2. Feiten

2.1. De rechtbank heeft in rov. 2.1. e.v. van haar tussenvonnis van 15 november 2017¹⁰ de volgende feiten vastgesteld.

2.2. [eiser], die is geboren op [geboortedatum] 1972, is van beroep consultant. Per 12 januari 2001 heeft hij bij Nationale-Nederlanden een arbeidsongeschiktheidsverzekering gesloten. Het gaat om een AOV-verzekering zelfstandigen met polisnummer [001]. Het polisblad vermeldt als verzekerd beroep: “consultant commercieel/administratief werkzaam”. Op de verzekering zijn de polisvoorwaarden 440-04 van toepassing.

2.3. In artikel 5 van deze polisvoorwaarden is voor zover van belang het navolgende bepaald:

“Artikel 5 Arbeidsongeschiktheid

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 tot¹¹ het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep. Hierbij wordt uitgegaan van de beroepsbezigheden die in de regel en 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.”

2.4. Artikel 14 van de polisvoorwaarden luidt als volgt:

“Artikel 14 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.”

2.5. Het polisblad vermeldt dat de verzekerde jaarrente onder rubriek A € 74.776 per jaar bedraagt en onder rubriek B € 61.691 per jaar. De verzekerde rente klimt jaarlijks op 12 januari met 3% samengesteld. De omvang van de uitkering is gerelateerd aan het vastgestelde percentage arbeidsongeschiktheid en loopt op van 30% bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25-35% tot 100% bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100% (artikel 15.2 van de polisvoorwaarden).¹²

2.6. [eiser] heeft zich per 16 april 2007 bij Nationale-Nederlanden arbeidsongeschikt gemeld. De schademelding vermeldt dat sprake is van surmenage¹³ en dat een definitieve diagnose nog moet worden gesteld. [eiser] is door zijn huisarts verwezen naar Centrum Arbeid en Psyche, waar hij onder behandeling is gekomen van psycholoog [betrokkene 1]. [betrokkene 1] heeft vastgesteld dat [eiser] al twee jaar kampt met vermoeidheidsklachten. Zij wijt die klachten aan langdurige overbelasting (door veel werkuren, in combinatie met veel reizen) en heeft op basis van de DSMIV de diagnose “aanpassingsstoornis, niet gespecificeerd (burn-out)” gesteld. De door haar ingezette behandeling is gericht geweest op het normaliseren van het energieniveau.

2.7. Nationale-Nederlanden heeft een arbeidsdeskundig onderzoek laten verrichten door arbeidsdeskundige [betrokkene 2], waarna de arbeidsongeschiktheid van [eiser] per 16 april 2007 is bepaald op 80-100%. [eiser] is vervolgens op zijn verzoek via Nationale-Nederlanden aangemeld voor een groepstraining bij Arbeids Psychologie Amsterdam.

2.8. De door Nationale-Nederlanden ingeschakelde arbeidsdeskundige [betrokkene 2] heeft in samenspraak met [eiser] besloten tot een werkhervatting van [eiser] van 25% per 1 maart 2008; hij is per die datum door Nationale-Nederlanden ingedeeld in arbeidsongeschiktheidsklasse 65-80%. Met behulp van een coach is vervolgens gestreefd naar geleidelijke uitbreiding van de werkzaamheden. Dat heeft geresulteerd in een afspraak [eiser] per 4 juni 2008 in te delen in arbeidsongeschiktheidsklasse 55-65%, waartegen [eiser] zich niet heeft verzet.

2.9. De behandeling bij psycholoog [betrokkene 1] is beëindigd per 18 december 2008. Volgens haar is [eiser] inmiddels in staat zijn energieniveau zelfstandig verder uit te breiden.

2.10. Omdat verder herstel uitbleef, heeft Nationale-Nederlanden besloten een medische expertise te laten verrichten door een psychiater. Op 25 mei 2009 is [eiser] op verzoek van Nationale-Nederlanden onderzocht door psychiater [betrokkene 3]. Hij heeft op 3 juni 2009 zijn rapport opgesteld. Zijn rapport vermeldt voor zover van belang het navolgende:

“5. Welke diagnose stelt u?

Depressieve stoornis, thans licht, naar aanleiding van overbelasting ten gevolge van meerdere gebeurtenissen in een relatief korte periode bij een man zonder psychiatrische voorgeschiedenis.

(...)

8. Hoe ziet u de prognose?

Op zich moet de prognose van de depressieve stoornis niet als ongunstig gezien worden, zeker daar waar betrokkene in het verleden goede zelfredzaamheid heeft gehad.

9. Kunt u op basis van de objectieve medische bevindingen aangeven welke beperkingen er zijn ten aanzien van het verrichten van arbeid?

De beperkingen ten aanzien van het verrichten van arbeid worden bepaald door de verhoogde vermoeibaarheid van betrokkene en de verminderde spankracht; de door betrokkene ervaren beperkingen kunnen passen bij een zich herstellende depressieve stoornis.

10. Wat is uw visie over het verloop van het herstel van verzekerde?

Daar waar de overbelasting pas rond 2008 tot rust gekomen is doordat allerlei oude zaken eerst afgehandeld moesten zijn, moet gezien worden dat de startdatum van herstel niet al begonnen is op de datum van ziekmelding op 16-04-2007; er kan dus hierin een discrepantie zijn tussen de duur van ziekmelding en de duur van het herstel.

Er moet geacht worden dat betrokkene volledig kan herstellen.”

2.11. In de loop van 2009 heeft [eiser] Nationale-Nederlanden laten weten dat het weer slechter met hem gaat en dat hij weer minder werkt dan voorheen. Er doen zich dan ook in zijn privéleven weer complicaties voor zoals al eerder, onder meer in 2004, het geval is geweest. Zijn vriendin, die zwanger is, kampt met forse psychische problemen die hun weerslag hebben op [eiser]. Daarop wordt de arbeidsongeschiktheidsklasse door Nationale-Nederlanden bijgesteld naar 65-80% per 9 juli 2009 en per 1 oktober 2009 naar 80-100%.

2.12. Op 26 april 2010 en 13 september 2010 is [eiser] op verzoek van Nationale-Nederlanden gezien door controlerend huisarts [betrokkene 4]. Die stelt vast dat de prognose onverminderd gunstig is, maar dat het herstel langer gaat duren; de depressieve partner is een grote negatieve factor. Het arbeidsongeschiktheidspercentage is verlaagd naar 65-80% per 13 september 2010.

2.13. De eigen huisarts van [eiser] heeft op 30 augustus 2010 verslag gedaan aan Nationale-Nederlanden en aangegeven dat sprake is van klachten die passen bij een depressie.

2.14. In april 2011 is [eiser] weer bezocht door arbeidsdeskundige [betrokkene 2]. [eiser] laat dan weten zich wat beter te voelen. Daarop is besloten tot een

herexpertise door psychiater [betrokkene 3]. In diens rapport van 17 oktober 2011 vermeldt [betrokkene 3], voor zover van belang, het navolgende:

“Conclusie:

Vermoeidheidsklachten en verhoogde vermoeidheid ten gevolge van diverse problemen bij een man met depressieve stoornis in remissie. In DSM termen kan dit ook omschreven worden als een aanpassingsstoornis met depressieve kenmerken, chronisch, naar aanleiding van diverse problemen bij een man met een depressieve stoornis in remissie onder medicatie.”

Ten aanzien van de prognose staat in zijn rapport vermeld:

“De prognose van de chronische aanpassingsstoornis is niet te geven. Er is een relatie met de mate waarin het lukt om life-events af te sluiten.”

En ten aanzien van de beperkingen:

“De beperkingen liggen op het gebied van concentreren en verdelen van de aandacht; bij het doelmatig handelen komen er problemen ten gevolge van planning en het overzicht; eenmaal gestart lukt het wel.

Het tempo van betrokkene is verlaagd; in sociaal functioneren is het moeilijk emotionele problemen van anderen te hanteren, bijvoorbeeld in zijn relatie; dit is zeer belastend.

Eigen gevoelens uiten gaat lastig, maar het is wel verbeterd.

Omgaan met conflicten bijvoorbeeld in de relatie is lastig.”

2.15. Na de herexpertise van [betrokkene 3] is [eiser] op 5 januari 2012 bezocht door arbeidsdeskundige [betrokkene 5]. Besproken is dat [eiser] zijn werkzaamheden geleidelijk weer zou gaan uitbreiden per 1 februari 2012. Hij wordt tegen die datum ingedeeld in arbeidsongeschiktheidsklasse 55-65%, per 1 maart in 45-55% en per 1 april in 35-45%.

2.16. Bij een bezoek van arbeidsdeskundige [betrokkene 5] van 26 juli 2012 blijkt geen verdere verbetering te hebben plaatsgevonden. De echtgenote van [eiser] is inmiddels bevallen van een tweede kind en de gezondheid van moeder en kind laten te wensen over; terwijl [eiser] zelf erg moe is. Daarop heeft Nationale-Nederlanden nadere psychologische hulp aangeboden via Ascender en de mate van arbeidsongeschiktheid onveranderd bepaald op 35-45%.

2.17. De intake-rapportage van Ascender van 20 augustus 2012 vermeldt onder het kopje “diagnose”:

“De klachten imponeren als een ongedifferentieerde somatoforme stoornis (surmenage) bij een man met vermijdende persoonskenmerken.”

En onder het kopje “prognose”:

“De prognose is matig. De klachten lijken te worden in stand gehouden doordat hij nog steeds met dreigingen van zijn ex-compagnon te maken heeft. Hij heeft al langere tijd terugkerende spanningen. De klachten worden nu mede bepaald doordat zijn partner psychische klachten heeft. Het is wenselijk dat zijn partner ook hulp gaat zoeken om de huidige situatie te doorbreken.”

2.18. Bij Ascender is [eiser] op eigen verzoek onder behandeling gekomen van psycholoog [betrokkene 6]. Arbeidsdeskundige [betrokkene 5] heeft [eiser] tussen 25 oktober 2012 en 11 juni 2013 nog een aantal malen bezocht en tevens met toestemming van [eiser] contact gehad met psycholoog [betrokkene 6].

2.19. Vanaf januari 2013 woont [eiser] niet meer bij zijn gezin, maar heeft hij zelfstandig een woning betrokken.

2.20. [eiser] is op advies van arbeidsdeskundige [betrokkene 5] per 15 januari 2013 ingedeeld in arbeidsongeschiktheidsklasse 25-35% met een volledige afbouw per 1 september 2013, in verband met – volgens [betrokkene 5] – geboekte vooruitgang.

2.21. Bij eindrapport van 7 juni 2013 van psycholoog [betrokkene 6] heeft deze vastgesteld dat de psychologische begeleiding stagneert en de re-integratie niet verder toeneemt, mede als gevolg van relatieproblemen.

2.22. [eiser] heeft Nationale-Nederlanden bij brief van 30 september 2013 laten weten van oordeel te zijn dat hij nooit heeft ingestemd met volledige werkhervatting per 1 september 2013 en hij stelt voor tot 31 december 2013 het oude uitkeringspercentage van 30% (op basis van 25-35% arbeidsongeschiktheid) te hanteren. Daarmee heeft Nationale-Nederlanden vervolgens ingestemd.

2.23. Op 14 mei 2014 heeft [eiser] zich opnieuw arbeidsongeschikt gemeld, waarna hij is bezocht door arbeidsdeskundige [betrokkene 5]. Bij die gelegenheid meldde [eiser] dat hij is gezien door een internist en dat er een diagnose is gesteld. Het betreft de diagnose hemochromatose¹⁴ met verdenking van sarcoidose.¹⁵ De medisch adviseur van Nationale-Nederlanden, die de nieuwe medische informatie heeft ingezien, concludeert dat de moeheidsklachten op een termijn van 6 tot 12 maanden kunnen verbeteren.

2.24. Omdat [eiser] zich echter op het standpunt stelt in het geheel niet meer te kunnen werken, is hij in opdracht van Nationale-Nederlanden onderzocht door verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7]. [betrokkene 7] is niet in loondienst bij Nationale-Nederlanden. [betrokkene 7] heeft gerapporteerd op 22 december 2014. Hij acht het mogelijk activiteiten tijdcontingent op te bouwen, hetgeen tot herstel moet kunnen leiden. Volgens hem zijn er duurzaam benutbare mogelijkheden, naast beperkingen. In het kader van het inzage- en correctierecht heeft de verzekeringsgeneeskundige zijn rapport op 17 december 2014 eerst toegestuurd aan [eiser]. [eiser] heeft vervolgens op 17 december 2014 om een kleine wijziging verzocht. In het rapport van [betrokkene 7] staat vermeld dat [eiser] daarover het volgende schrijft:

“Ik zou graag een woord willen toevoegen nl.: enige. Verder akkoord.

dit de enige verklaring voor zijn vermoeidheidsklachten is, is op basis van de informatie niet vast te stellen.”

2.25. Op grond van de bevindingen van [betrokkene 7] heeft Nationale-Nederlanden [eiser] bericht dat de door [betrokkene 7] vastgestelde milde beperkingen mogelijk niet zullen leiden tot het vaststellen van arbeidsongeschiktheid van meer dan 25%. Daarop heeft [eiser] Nationale-Nederlanden laten weten dat hij inmiddels over nadere informatie van zijn longarts, dokter [betrokkene 8], beschikt, die heeft bevestigd dat er sprake is van een “verdenking op sarcoidose”. Het verslag van de betreffende longarts van 23 maart 2015 vermeldt: “Beleid is expectatief” en “geen noodzaak tot behandeling. Geen complicaties” en “geen adviezen ten aanzien van werk en hervatting”.

2.26. Desgevraagd heeft verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] op verzoek van Nationale-Nederlanden een aanvullend rapport uitgebracht op 1 mei 2015 en te kennen gegeven dat de nadere informatie van dokter [betrokkene 8] hem geen aanleiding geeft zijn eerdere rapport te wijzigen.

2.27. Op 3 juni 2015 heeft [eiser] Nationale-Nederlanden in kennis gesteld van nieuwe informatie van het AMC. Volgens hem is sprake van een zeldzame combinatie

van sarcoidose en hemochromatose. De door Nationale-Nederlanden ingeschakelde medisch adviseur zag echter in die informatie geen aanleiding voor het aannemen van meer beperkingen dan waarvan verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] reeds eerder was uitgegaan.

2.28. Bij brief van 7 oktober 2015 heeft Nationale-Nederlanden op basis van een nieuwe arbeidsdeskundige rapportage aan [eiser] laten weten dat hij voor minder dan 25% arbeidsongeschikt wordt geacht en dat de uitkering, die reeds geheel is gestopt per 31 december 2013, dus niet zal worden hervat.

2.29. Bij e-mail van 9 mei 2016 heeft internist [betrokkene 9] aan [eiser] desgevraagd bevestigd, dat hij heeft geconstateerd dat sprake is van aanhoudende vermoeidheid bij sarcoidose en hemochromatose, die ook kan blijven bestaan na aderenlaten.

3. Procesverloop

3.1. [eiser] heeft Nationale-Nederlanden bij dagvaarding van 7 juni 2016 in rechte betrokken en onder meer gevorderd:

– voor recht te verklaren dat [eiser] vanaf 24 oktober 2007 volledig arbeidsongeschikt moet worden geacht; en

– Nationale-Nederlanden te veroordelen tot betaling uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering vanaf 24 oktober 2007 op basis van 100% arbeidsongeschiktheid, subsidiair benoeming van een gerechtelijk deskundige om de mate van arbeidsongeschiktheid per die datum vast te stellen.

3.2. [eiser] heeft aan zijn vorderingen het volgende ten grondslag gelegd.¹⁶ [eiser] stelt zich primair op het standpunt dat hij sinds 2007 onafgebroken arbeidsongeschikt is, zoals volgens hem blijkt uit de overgelegde behandelinformatie. Hij lijdt aan sarcoidose en hemochromatose en is daardoor ernstig chronisch vermoeid, wat het volgens hem geheel onmogelijk maakt zijn consultantswerkzaamheden te verrichten. Voor zover de door Nationale-Nederlanden ingeschakelde verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] anders oordeelt, dient daaraan voorbij te worden gegaan. Diens conclusies zijn niet juist in het licht van de vaststaande vermoeidheid als gevolg van de sarcoidose en hemochromatose.

3.3. Subsidiair is [eiser] van mening, dat de op verzoek van Nationale-Nederlanden opgemaakte rapportages buiten beschouwing moeten blijven, nu die eenzijdig zijn opgesteld, zonder overleg daarover met [eiser]. Artikel 14 van de polisvoorwaarden, waarbij is bepaald dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt aan de hand van door haar aan te wijzen medische en andere deskundigen, is namelijk een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG dat vernietigbaar is. Als de rechtbank van oordeel mocht zijn dat de voortdurende volledige arbeidsongeschiktheid niet reeds op grond van de behandelinformatie vaststaat, dienen dan ook de bevindingen van verzekeringsarts [betrokkene 7] en de daaruit voortvloeiende arbeidsdeskundige beoordelingen en medische adviezen buiten beschouwing te blijven en moet [eiser] volledig arbeidsongeschikt worden geacht, totdat op een juiste manier, door een onafhankelijk gerechtelijk deskundige, de (mate van) arbeidsongeschiktheid is vastgesteld, aldus [eiser]. Hij heeft daarbij verwezen naar arresten van het Hof van Justitie, te weten: EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (Banco Español de Crédito) en EU 21 december 2016, C-154/15, C-307/15, C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (Naranjo), alsmede twee arresten in dezelfde zaak van hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 (tussenarrest) en 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941 (eindarrest) (X/Achmea). Ingeval een nieuwe deskundige door de rechtbank zal worden benoemd, behoort die geen kennis te nemen van de verzekeringsgeneeskundige rapportages van [betrokkene 7], noch van de daarop gebaseerde arbeidsdeskundige rapportages en medische adviezen, nu die rapportages onechtmatig tot stand zijn gekomen. Tegen gebruik van de eveneens eenzijdig opgestelde rapportage van [betrokkene 3] heeft [eiser] geen bezwaar; met de inhoud daarvan kan hij zich verenigen. Eventuele bewijsproblemen als gevolg van het buiten beschouwing laten van eerdere rapportages dienen voor rekening en risico van Nationale-Nederlanden te blijven, omdat zij tot op heden heeft verzuimd op juiste wijze de arbeidsongeschiktheid vast te stellen, aldus [eiser].

3.4. Nationale-Nederlanden¹⁷ erkent dat sprake is van sarcoidose en hemochromatose en vermoeidheidsklachten, maar betwist dat reeds op die grond zou vaststaan dat sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis. Voorts betwist zij dat artikel 14 van de polisvoorwaarden een oneerlijk beding is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De casus die in de zojuist genoemde arresten van hof Arnhem-Leeuwarden speelde, is volgens haar essentieel anders dan de onderhavige, nu in het geval van [eiser] het verzekeringsgeneeskundige traject – anders dan in voornoemde zaak – naar behoren is verlopen. Verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] heeft zelfstandig onderzoek verricht en voorhanden zijnde medische informatie bij zijn oordeel betrokken en vervolgens een functionele mogelijkhedenlijst (verder: FML) opgesteld. Op basis van dat correct opgestelde FML is nadien een arbeidsdeskundige beoordeling gemaakt, zoals gebruikelijk is. Bovendien bevat artikel 14 een bezwaartermijn voor de verzekeringnemer van 30 dagen, terwijl gesteld noch gebleken is dat [eiser] binnen die termijn bezwaar heeft gemaakt tegen de rapportage van [betrokkene 7]. Integendeel, [eiser] was behoudens een kleine aanpassing akkoord. Onder die omstandigheden is [eiser] aan de uitkomsten van de verrichte onderzoeken gebonden, aldus Nationale-Nederlanden.

3.5. Indien de rechtbank desondanks zou oordelen dat aan de rapportages van [betrokkene 7] en de daaruit voortvloeiende arbeidsdeskundige beoordelingen geen doorslaggevend belang toekomt, omdat die rapportages eenzijdig zijn opgesteld, behoort de nieuw te benoemen deskundige volgens Nationale-Nederlanden in ieder geval wel kennis te nemen van die eerder opgestelde rapportages, nu daarin niet alleen conclusies staan, maar ook anamneses en feitelijke informatie betreffende het verloop van de re-integratie. Nationale-Nederlanden acht het voorts onjuist dat [eiser] zou kunnen beslissen welke rapportages wel worden meegenomen en welke niet. Dat zou leiden tot onredelijke “cherry picking”, aldus Nationale-Nederlanden.

3.6. De rechtbank heeft vooropgesteld dat niet in geschil is dat op grond van artikel 5 van de toepasselijke polisvoorwaarden dient te worden beoordeeld of sprake is van objectief medisch vast te stellen stoornissen in relatie tot ziekte. Vast staat dat [eiser] lijdt aan sarcoidose en hemochromatose en dat die aandoeningen kunnen leiden tot klachten van vermoeidheid en daaruit voortvloeiende beperkingen. Volgens de rechtbank spitst het geschil zich toe op de vraag of de door [eiser] geuite vermoeidheidsklachten en de daaruit voortvloeiende beperkingen uitsluitend en alleen kunnen worden verklaard door de ziektes sarcoidose en/of hemochromatose, zoals [eiser] stelt, of dat die klachten en beperkingen (mede) veroorzaakt zijn door aan de persoon van [eiser] gekoppelde gedragsmatige factoren, waarvoor de polis geen dekking biedt, zoals Nationale-Nederlanden naar voren heeft gebracht (tussenvonnis 15 november 2017, rov. 4.6.).

3.7. De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 15 november 2017 geoordeeld dat geen grond bestaat voor toewijzing van de vorderingen van [eiser] voor zover die zien op de periode tot 31 december 2013, kort gezegd omdat het dossier geen aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat [eiser] in die periode volledig arbeidsongeschikt was (tussenvonnis, rov. 4.7.-4.8.).

3.8. De beoordeling door de rechtbank heeft zich daarom toegespitst op de situatie vanaf 2014. De rechtbank heeft ten behoeve van die beoordeling als volgt weergegeven hoe het rapport van verzekeringsarts [betrokkene 7] tot stand is gekomen en hoe Nationale-Nederlanden haar standpunt heeft bepaald:

“4.9. Vervolgens dient te worden beoordeeld wat de situatie is vanaf 2014. Vaststaat dat [eiser] zich op 14 mei 2014 opnieuw arbeidsongeschikt heeft gemeld, nadat hij de diagnose hemochromatose met verdenking van sarcoidose had gekregen. Hij stelde zich toen op het standpunt volledig arbeidsongeschikt te zijn als gevolg van de volgens hem met die aandoeningen verbonden vermoeidheid. Aangezien de medisch adviseur van Nationale-Nederlanden de mening was toegedaan dat de moeheidsklachten op termijn van zes tot twaalf maanden zouden kunnen verbeteren, heeft Nationale-Nederlanden besloten een extern verzekeringsgeneeskundig onderzoek te laten verrichten naar de medische klachten en de daaruit voortvloeiende beperkingen en daartoe verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] ingeschakeld. Vaststaat dat [eiser] bij de keuze van de verzekeringsgeneeskundige geen inspraak heeft gehad. [betrokkene 7] heeft alvorens zijn rapport aan Nationale-Nederlanden aan te bieden [eiser] de gelegenheid geboden opmerkingen van feitelijke aard te maken in het kader van het inzage- en correctierecht. [eiser] heeft daarvan gebruik gemaakt. In zijn reactie op het conceptrapport heeft hij te kennen gegeven akkoord te zijn met de rapportage maar wel het woord ‘enige’ toe te willen voegen in een opgenomen zin, waardoor die zin is komen te luiden: ‘dat dit de enige verklaring voor zijn vermoeidheidsklachten is, is op basis van de informatie niet vast te stellen.’

4.10. [betrokkene 7] acht in diens rapportage van 22 december 2014 een puur somatische basis voor de klachten minder aanmerkelijk. Hij tekent daarbij aan dat door adering van ijzerstapeling in het bloed is verminderd maar dat een en ander niet tot vermindering van vermoeidheidsklachten heeft geleid, waardoor een eenduidige relatie tussen de klachten en de ijzerstapeling minder aanmerkelijk is en hij wijst daarbij op de vele belastende privé omstandigheden aan de zijde van [eiser]. Volgens hem is chronische vermoeidheid doorgaans multifactorieel bepaald en kunnen de hemochromatose en de sarcoidose wel een rol spelen, maar niet de ernst van de ervaren klachten verklaren. De medisch objectieve beperkingen zijn volgens [betrokkene 7] dan ook minder ernstig dan de door [eiser] subjectief ervaren beperkingen en [betrokkene 7] stelt vervolgens de medisch objectieve beperkingen vast in een FML. Hij adviseert daarbij de activiteiten tijdcontingent op te bouwen. Ook na kennisname van nadere informatie van de longarts heeft [betrokkene 7] geen aanleiding gezien zijn rapport aan te passen. [eiser] heeft in 2015 voorts nog informatie van internist professor Annema van het AMC aan Nationale-Nederlanden ter beschikking gesteld, waarin staat vermeld dat er voor zover bekend geen associatie is tussen sarcoidose en hemochromatose, maar dat beide ziekten zeer wel chronische moeheid kunnen geven. Ook die informatie heeft aan de zijde van Nationale-Nederlanden geen aanleiding gegeven tot wijziging van haar standpunt.”

3.9. Volgens de rechtbank moest door een verzekeringsgeneeskundige worden vastgesteld in hoeverre de klachten van [eiser] worden veroorzaakt door de aandoeningen (rov. 4.11.). De vraag die partijen verdeeld houdt, is of dat middels de rapportage van [betrokkene 7] correct is gebeurd, waarbij [eiser] betwist dat hij aan de bevindingen van [betrokkene 7] gebonden is omdat de eenzijdige inschakeling van [betrokkene 7] volgens hem onrechtmatig is (rov. 4.12.). De rechtbank heeft daarover het volgende overwogen:

“4.11. De rechtbank is – anders dan [eiser] – van oordeel dat niet reeds op basis van de medische behandelinformatie vanaf 2014 door de rechtbank kan worden vastgesteld dat sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van polis. Weliswaar staat vast dat de bij [eiser] vastgestelde sarcoidose en hemochromatose tot vermoeidheidsklachten kunnen leiden, maar of, en zo ja in hoeverre, de klachten die door [eiser] worden aangegeven ook daadwerkelijk (alleen) voortvloeien uit de gestelde diagnoses dient objectief medisch te worden vastgesteld door een verzekeringsgeneeskundige. Dat klemt temeer daar [eiser] blijkens eerdere informatie aanvankelijk met name last had van burn-out en psychische klachten als gevolg van life events, waardoor zeker niet valt uit te sluiten dat andere niet-medische factoren een belangrijke rol spelen.

4.12. Nationale-Nederlanden stelt zich op het standpunt dat de nodige objectieve medische beoordeling inmiddels correct heeft plaatsgevonden door inschakeling van extern verzekeringsgeneeskundige [betrokkene 7] en dat zij dan ook in redelijkheid mag afgaan op diens bevindingen en de daarop gebaseerde arbeidsdeskundige conclusies. [eiser] betwist dat hij aan die conclusies gebonden is, omdat de eenzijdige inschakeling van [betrokkene 7] naar zijn zeggen onrechtmatig is en de betreffende polisvoorwaarde – waarop een en ander is gebaseerd – buiten toepassing dient te worden gelaten op grond van de hiervoor genoemde jurisprudentie.

4.13. Niet in geschil is dat over de polisvoorwaarden niet is onderhandeld en dus ook niet over artikel 14. Nationale-Nederlanden neemt dit beding standaard op in haar polisvoorwaarden bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De rechtbank stelt vast dat op verzoek van Nationale-Nederlanden op grond van artikel 14 verzekeringsgeneeskundig onderzoek heeft plaatsgevonden van [eiser] door [betrokkene 7] en [betrokkene 7] de aanwezige medische behandelinformatie in zijn rapporten heeft betrokken. Daarnaast staat vast dat [betrokkene 7] een zelfstandig werkend verzekeringsgeneeskundige is, die niet in loondienst is van Nationale-Nederlanden en dat hij zijn rapport in het kader van het inzage- en correctierecht eerst aan [eiser] heeft toegezonden.”

3.10. De rechtbank heeft op grond van het voorgaande overwogen dat de vraag beantwoord moet worden of artikel 14 van de polisvoorwaarden in strijd is met het consumentenrecht (rov. 4.14.). Het betoog van Nationale-Nederlanden dat [eiser] reeds gebonden is aan de eenzijdig opgemaakte rapportages, omdat de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken, heeft de rechtbank verworpen; volgens haar is duidelijk dat [eiser] bij voortdurende gesteld dat hij volledig arbeidsongeschikt is, waaruit blijkt dat hij het met de andersluidende rapportages niet eens was (rov. 4.15.). De rechtbank heeft verder overwogen dat als artikel 14 van de polisvoorwaarden oneerlijk wordt bevonden, dit consequenties zal hebben voor de bewijsrechtelijke status van de reeds bestaande rapportages. Hierover heeft de rechtbank het volgende overwogen:

“4.16. Indien de rechtbank [eiser] zou volgen in zijn stellingen en, zoals hij vordert, zou oordelen dat polisvoorwaarde 14 een oneerlijk beding is dat buiten toepassing moet worden gelaten, kan naar oordeel van de rechtbank in dat geval geen doorslaggevend gewicht worden toegekend aan de reeds opgemaakte eenzijdige rapportages van [betrokkene 7] en de daaruit voortvloeiende arbeidsdeskundige rapportages. Dat brengt met zich dat in voorkomend geval alsnog een onafhankelijk gerechtelijk deskundige(n) moet(en) worden benoemd teneinde de (mate van) arbeidsongeschiktheid te beoordelen. Alsdan moeten partijen wel vooraf in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de persoon van de deskundige(n) en de aan hem/hen te stellen vragen. De te benoemen verzekeringsgeneeskundige moet in dat geval hernieuwd objectief onderzoek doen naar de gevolgen van de bij [eiser] geconstateerde medische aandoeningen, waarna een in samenspraak aangezochte arbeidsdeskundige aan de slag kan, teneinde het arbeidsongeschiktheidspercentage te kunnen vaststellen.”

3.11. De rechtbank heeft, mede gezien het zaakoverstijgende belang van duidelijkheid op de voorliggende principiële punten, aanleiding gezien prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad (rov. 4.19.). De rechtbank heeft in rov. 4.20. een aantal vragen geformuleerd en partijen conform art. 392 lid 2 Rv in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen, alsmede over de inhoud van die vragen.

3.12. Bij tussenvonnis van 7 maart 2018 heeft de rechtbank vastgesteld dat partijen akkoord zijn met het stellen van prejudiciële vragen, maar dat zij de vraagstelling op enkele punten aangepast wensen te zien. De rechtbank heeft daarin aanleiding gezien de vraagstelling zoals deze in het tussenvonnis van 15 november 2017 is weergegeven aan te passen. In het tussenvonnis van 7 maart 2018, waarvan een afschrift ter griffie van de Hoge Raad is ingekomen op 8 maart 2018, heeft de rechtbank de vragen zoals deze hiervoor (randnummer 1.6) zijn weergegeven aan de Hoge Raad voorgelegd.

3.13. [eiser] en Nationale-Nederlanden hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en zich voorts uitgelaten over de schriftelijke opmerkingen van de ander.

4. Maatschappelijke achtergrond en verzekeringspraktijk

4.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op een beding in de voorwaarden van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dergelijke verzekeringen worden afgesloten (en zijn vaak ook alleen of te sluiten) door personen die niet in een dienstbetrekking werken, zoals zelfstandig ondernemers, maar ook bijvoorbeeld zelfstandig gevestigde medisch specialisten.¹⁸ De reden daarvoor is, dat deze groep bij arbeidsongeschiktheid geen beroep kan doen op publiekrechtelijke regelingen die voor personen met een dienstbetrekking wel openstaan (hierna randnummers 4.2 e.v.). Voor deze groep is een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering daarom vaak de enige manier om de gevolgen van arbeidsongeschiktheid op te vangen. De groep personen voor wie dit geldt, wordt bovendien steeds groter: het aantal zelfstandigen stijgt de laatste jaren.¹⁹

4.2. Beide partijen wijzen in hun schriftelijke opmerkingen op deze achtergrond. Het wekt geen verbazing dat [eiser] benadrukt dat een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering voor een zelfstandige zoals hij een basisvoorziening is.²⁰ Op haar beurt heeft Nationale-Nederlanden de vergelijking gezocht met het publiekrechtelijke regime en daarbij niet alleen haar eigen rol vergelijkbaar met die van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen genoemd, maar ook de stelling betrokken dat het proces van vaststelling van arbeidsongeschiktheid onder de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering vergelijkbaar is met dat onder het publiekrechtelijke regime. Verder heeft Nationale-Nederlanden aandacht gevraagd voor het feit dat de verzekeringspraktijk aan controle middels tuchtrecht en gedragsstoezicht is blootgesteld. Hierna wordt daarom eerst het publiekrechtelijke regime, waaraan ook later in deze conclusie nog een aantal malen zal worden gerefereerd, geschetst en kort ingegaan op toezicht en tuchtrecht (hierna randnummers 4.3 e.v.). Daarna wordt een korte schets gegeven van de Nederlandse arbeidsongeschiktheidsverzekeringspraktijk.

A. Publiek- en privaatrechtelijke regimes bij arbeidsongeschiktheid

Voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid

4.3. Particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden in uitgangspunt afgesloten door zelfstandigen.²¹ Dat heeft als reden dat deze groep geen beroep kan doen op de publiekrechtelijke regelingen die openstaan voor werknemers, dat wil zeggen personen met een (publiek- of privaatrechtelijke) dienstbetrekking.²² Werknemers kunnen bij arbeidsongeschiktheid een beroep doen op de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA) of de Ziektewet (Zw).²³ De WIA geeft recht op een uitkering bij arbeidsongeschiktheid na afloop van de wettelijke loondoorbetalingsverplichting van de werkgever (art. 7:629 BW). De Zw regelt een uitkering voor werknemers ten aanzien van wie de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever niet van toepassing is. In deze wetten wordt onder arbeidsongeschiktheid verstaan: het als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling duurzaam niet in staat zijn om te werken.²⁴

4.4. De genoemde regelingen bieden dus alleen een uitkering voor werknemers (personen met een (publiek- of privaatrechtelijke) dienstbetrekking). Voor niet-werknemers, zoals zelfstandigen, bestaat thans geen algemene wettelijke arbeidsongeschiktheidsregeling.²⁵ Particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden daarom in uitgangspunt afgesloten door zelfstandigen.²⁶ Zelfstandigen kunnen zelfstandig ondernemer zijn, maar ook directeur-grotoaandeelhouder (DGA) van een BV of NV (korthedshalve noem ik hierna alleen de BV). Ook DGAs zullen zich voor arbeidsongeschiktheid moeten verzekeren: de arbeidsverhouding tussen een BV en haar DGA wordt in de Ziektewet en de WIA namelijk niet als dienstbetrekking gezien,²⁷ zodat een DGA geen beroep toekomt op deze regelingen.²⁸

Het vaststellen van arbeidsongeschiktheid en de uitkering

4.5. In de publiekrechtelijke regelingen is het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) belast met het bepalen van de hoogte van de uitkeringen.²⁹ De verzekeringsarts van het UWV stelt vast of de betrokkene ten gevolge van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling ongeschikt is tot werken. Daarbij onderzoekt de verzekeringsarts of bij betrokkene sprake is van vermindering of verlies van lichamelijke of psychische structuur of functie, die vermindering of verlies van normale gedragingen en activiteiten en van normale sociale rolvulling tot gevolg heeft. Vervolgens wordt middels een arbeidsdeskundig onderzoek, uitgaande van de bevindingen van de verzekeringsarts, vastgesteld tot welke arbeid de betrokkene nog in staat is. De vaststelling van het recht op uitkering door het UWV is een besluit in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen bezwaar en beroep openstaan met inachtneming van de in de Awb vastgelegde termijnen. In afwijking van de Awb geeft art. 75k Zw een termijn van twee weken voor het indienen voor een bezwaarschrift tegen een besluit van geneeskundige aard over het al dan niet bestaan of voortbestaan van ongeschiktheid tot werken.³⁰

4.6. Bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is de gang van zaken bij het vaststellen van arbeidsongeschiktheid onder meer vastgelegd in het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen,³¹ waaraan verzekeraars zich gebonden hebben.³² De vaststelling verloopt als volgt.³³ Eerst onderzoekt een medisch deskundige op welke wijze de verzekerde door de ontstane klachten of stoornissen in zijn of haar functioneren wordt beperkt. Deze medisch deskundige kan een "controleerend arts" zijn (controle op huisartsniveau) of een medisch specialist (de zogenoemde "expertise"). Vervolgens beoordeelt een verzekeringsgeneeskundige op basis van de door de medicus vastgestelde functionele beperkingen en eigen onderzoek in hoeverre de verzekerde als gevolg van die beperkingen al dan niet kan worden belast bij verrichtingen die zich bij arbeidswerkzaamheden voordoen. Ten slotte maakt de arbeidsdeskundige op basis van die beperkingen in de belastbaarheid, zoals die door de verzekeringsgeneeskundige zijn vastgesteld, in een eigen onderzoek een inschatting van de mate waarin de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep of in passende arbeid niet meer kan verrichten. Opmerking verdient dat de drie genoemde deskundigen, de medisch deskundige, de verzekeringsgeneeskundige en de arbeidsdeskundige, ieder hun eigen expertise hebben en zich wat oordelen betreft daartoe moeten beperken: een medicus mag bijvoorbeeld niet vaststellen in welke mate de betrokkene door zijn beperkingen nog in staat is zijn werkzaamheden te verrichten, omdat die beoordeling is voorbehouden aan de arbeidsdeskundige.³⁴

4.7. Verder speelt de medisch adviseur van de verzekeraar een centrale rol. Deze is arts en is veelal bij de verzekeraar in dienst.³⁵ Hij beheert het medisch dossier van de betrokkene en adviseert de verzekeraar op basis van de bevindingen van de verschillende deskundigen.³⁶

4.8. Uiteindelijk is het de verzekeraar die de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt op basis van het advies van de medisch adviseur.

4.9. Nationale-Nederlanden heeft aangevoerd dat de procedure voor het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid in de publiek- en privaatrechtelijke context op belangrijke punten overeenkomt. In beide regimes is, volgens Nationale-Nederlanden, gezien de betrokken belangen noodzakelijk dat door deskundigen wordt vastgesteld in hoeverre de betrokkene arbeidsongeschikt is. Nationale-Nederlanden heeft verder aangevoerd dat haar "coördinerende" rol (waarbij zij het initiatief neemt tot selectie en inschakeling van deskundigen en daarvoor de kosten draagt) vergelijkbaar is met die van het UWV in de publiekrechtelijke context.³⁷ Dat de vergelijking wordt gemaakt, is niet zo gek. Zo is inderdaad duidelijk dat de mate van arbeidsongeschiktheid in beide regimes wordt vastgesteld op basis van onderzoeken door deskundigen, welke deskundigen door de verzekeraar/het UWV worden aangesteld (of, in het geval van het UWV, daar in dienst zijn). Verschillen zijn er echter zeker ook. Vermelding verdient bijvoorbeeld dat voor de publiekrechtelijke context expliciet is uitgemakkt dat de uitkeringsgerechtigde de kans moet hebben om bezwaren ten aanzien van de onpartijdigheid van een deskundige kenbaar te maken; Zie daarover nog hierna onder 7.42. Verder is niet zonder betekenis dat het UWV anders dan de verzekeraar geen eigen commercieel belang heeft bij de uitkomst van een eventueel dispuut met degene die aanspraak maakt op een uitkering.

Tuchtrecht

4.10. Nationale-Nederlanden heeft niet alleen betoogd dat het proces van beoordeling door de verzekeraar vergelijkbaar is met dat van beoordeling door het UWV in het publiekrechtelijke traject voor werknemers, maar ook van belang geacht dat beroepseisen worden gesteld aan de verschillende actoren in het beoordelingsproces in het kader van een AOV, nu deze waarborgen bieden voor de kwaliteit van het werk van de door de verzekeraar ingeschakelde personen. In dat verband heeft Nationale-Nederlanden erop gewezen dat de door haar ingeschakelde medisch adviseurs alle arts zijn en lid van de Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringszaken.³⁸ Zij zijn gebonden aan de Beroepscode voor Medisch Adviseurs werkzaam in Particuliere Verzekeringszaken en/of Personenschadezaken. Deze Beroepscode stelt eisen aan de deskundigheid en het handelen van de medisch adviseur. Medisch adviseurs zijn verder onderworpen aan het medisch tuchtrecht van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG). Ook de arbeidsdeskundigen die Nationale-Nederlanden inschakelt, zijn onderworpen aan een gedragscode (de Gedragscode van de Stichting Register Arbeidsdeskundigen, "SRA") en opgenomen in het register van de SRA. Het Tuchtreglement SRA voorziet in een Arbeidsdeskundig Ombudsman, die bemiddelt bij klachten ingediend tegen arbeidsdeskundigen. Verder kunnen klachten behandeld worden door het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege, met de mogelijkheid van beroep bij het Centraal Arbeidsdeskundig Tuchtcollege.

Toezichtsmechanismen

4.11. Ten slotte heeft Nationale-Nederlanden er nog op gewezen dat op verschillende manieren toezicht wordt gehouden op de arbeidsongeschiktheidsverzekeraars, hetgeen eveneens de kwaliteit van haar dienstverlening waarborgt.³⁹ Zo zijn alle leden van het Verbond van Verzekeraars (waaronder Nationale-Nederlanden) gebonden aan de Gedragscode Verzekeraars (hierna: "de Gedragscode"). Uit de Gedragscode volgt dat verzekeraars zorg moeten dragen voor een voortvarende, zorgvuldige en rechtvaardige schadebehandeling. Ook schrijft de Gedragscode een laagdrempelige en oplossings- en klantgerichte klachtenregeling voor. Als de

klacht niet naar tevredenheid van de verzekeringnemer⁴⁰ wordt opgelost, kan hij zich wenden tot de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid).⁴¹ Eventueel kan doorzending van de klacht naar de Tuchtraad Financiële Dienstverlening (voorheen de Raad van Toezicht Verzekeringen) volgen.⁴² De AFM ten slotte houdt op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) gedragstoezicht op de verzekeraars, waarbij onder meer wordt gelet op de zorgvuldigheid van de afhandeling van claims.⁴³

Samengevat

4.12. Duidelijk is dat de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering voor een (groeïende) groep werkenden de enige manier is om voor zichzelf bij arbeidsongeschiktheid een inkomensvervangende uitkering weg te leggen. Het belang van een zorgvuldig beoordelingsproces van hun verzekeringsaanspraak is daarmee gegeven. Hiervoor is kort geschetst hoe het beoordelingsproces verloopt en uiteengezet dat verzekeraars, net als de door hen ingeschakelde deskundigen, gebonden zijn aan gedragsregels en aan toezicht blootstaan.

B. De Nederlandse verzekeringspraktijk

4.13. Om de prejudiciële vragen recht te doen, lijkt het goed een enkele opmerking te maken over de Nederlandse praktijk op het terrein van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen: welke verzekeringen bestaan er en wie sluiten dergelijke verzekeringen af?⁴⁴

4.14. Typen arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Achter de naam “arbeidsongeschiktheidsverzekering” kunnen verschillende producten schuilgaan.⁴⁵ Het Verbond van Verzekeraars noemt “Individuele inkomensverzekeringen, (Woon)lastenverzekeringen en Kredietbeschermers” als (slechts enkele) voorbeelden. In de onderhavige zaak, en overigens ook in de zaken waarin tot nu toe is geoordeeld dat zij binnen de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG vallen, gaat het om inkomensverzekeringen: verzekeringen die ertoe strekken het inkomen van de verzekerde aan te vullen wanneer zijn verdienvermogen door ziekte is verminderd.

4.15. Als gezegd zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeringen veelal gericht op ondernemers. Zij worden bijvoorbeeld aangeduid als “Ondernemersverzekering”⁴⁶ of “Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers”.⁴⁷ Sommige bepalen (daarnaast) in hun voorwaarden dat de verzekering is bedoeld voor, of uitsluitend kan worden afgesloten door,⁴⁸ zelfstandig ondernemers, waarbij wordt gespecificeerd dat de onderneming moet staan ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en in Nederland belasting betaalt.⁴⁹ Verder is het feit dat de verzekeringnemer zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefent van belang voor de vormgeving van de overeenkomst. Bij het aangaan van de verzekering wordt vastgelegd welk beroep de verzekeringnemer heeft. Het recht op uitkering is vervolgens gekoppeld aan de ongeschiktheid van de verzekerde tot het verrichten van de met dat beroep verbonden werkzaamheden. Alleen indien de verzekerde daartoe ongeschikt is, heeft hij recht op uitkering (waarbij veelal een minimum van 25% arbeidsongeschiktheid wordt gehanteerd).⁵⁰

4.16. Bij de meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, zo ook in het onderhavige geval, heeft de verzekerde recht op een uitkering indien en vanaf het moment dat hij of zij (in een bepaalde mate) arbeidsongeschikt wordt. Ten aanzien van de strekking van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen valt op dat zij veelal, volgens hun omschrijving in de polisvoorwaarden, bescherming lijken te bieden bij een teruggang in het inkomen wegens arbeidsongeschiktheid, maar zij vereisen niet allemaal dat daadwerkelijk sprake is van inkomensderving.⁵¹ De verzekeringnemer kan bij de meeste verzekeringen maximaal 80% van zijn inkomen verzekeren (dit bedrag wordt aangeduid als de “jaarrente”).⁵² Het percentage waarvoor hij arbeidsongeschikt wordt bevonden bepaalt het deel van dit bedrag dat hij krijgt uitgekeerd.⁵³

4.17. Soms heeft de verzekering blijkens haar voorwaarden als doel ervoor te zorgen dat bepaalde kosten kunnen (blijven) worden betaald. Daarbij valt een onderscheid te maken tussen privélasten, zoals hypotheeklasten, en zakelijke lasten als huurlasten van een bedrijfspand of de kosten van het inhuren van een vervanger (waarnemer). Sommige verzekeringen zien alleen op privélasten,⁵⁴ andere alleen op zakelijke lasten,⁵⁵ en weer andere op allebei.⁵⁶ Bij sommige verzekeringen bestaat inderdaad alleen recht op uitkering als de verzekerde bepaalde kosten moet maken, zoals kosten om een vervanger (waarnemer) in te huren als hij of zij arbeidsongeschikt wordt, of andere (zakelijke) kosten.⁵⁷ Deze verzekeringen zijn aanvullende verzekeringen, die naast een inkomensverzekering kunnen worden afgesloten.⁵⁸

4.18. Logischerwijs geldt dat geen recht op uitkering meer bestaat wanneer de verzekerde niet langer arbeidsongeschikt is. Verder stopt bij de inkomensverzekeringen de uitkering op het moment dat de verzekerde de “eindleeftijd” bereikt. Deze leeftijd staat vermeld op het polisblad. De maximale eindleeftijd die verzekeraars hanteren, is afgestemd op de AOW-leeftijd.⁵⁹ Verzekeringnemers kunnen uiteraard kiezen voor een lagere eindleeftijd. Bij de lastenverzekeringen zal het recht op uitkering eindigen als de verzekerde de kosten niet meer maakt, bijvoorbeeld als hij geen vervanger meer inhuurt.⁶⁰

4.19. Betrokkenen bij een verzekeringsovereenkomst. Reeds uit art. 7:925 BW blijkt dat in eerste instantie twee partijen bij een verzekeringsovereenkomst betrokken: de verzekeraar en diens wederpartij, de verzekeringnemer. Naast de verzekeringnemer kan ook sprake zijn van een verzekerde en, in het geval van een sommenverzekering, mogelijk ook een begunstigde. Kort gezegd is sprake van een schadeverzekering indien de verzekering alleen uitkeert als daadwerkelijk sprake is van vermogensschade (art. 7:944 BW), terwijl bij een sommenverzekering onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW). Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kunnen sommenverzekeringen zijn (zij keren uit zodra de verzekerde in een bepaalde mate arbeidsongeschikt is; een daadwerkelijke inkomensderving is niet vereist), maar ook schadeverzekeringen; mengvormen komen ook voor.⁶¹

4.20. Bij een schadeverzekering wordt als verzekerde aangeduid degene die in geval van door hem geleden schade krachtens de verzekering recht heeft op vergoeding of door aanvaarding van de aanwijzing recht op vergoeding kan krijgen (art. 7:945 BW). Bij een sommenverzekering is de verzekerde degene op wiens leven of gezondheid de verzekering betrekking heeft; degene die tot het ontvangen van een uitkering is aangewezen wordt de begunstigde genoemd (art. 7:965 BW). Onder vigeur van het Wetboek van Koophandel werd met “verzekerde” de partij met wie de verzekeraar de verzekering heeft gesloten bedoeld en bestond er geen aparte term voor de persoon die thans met “verzekerde” wordt aangeduid. In de praktijk wordt daarom nog steeds wel van “verzekerde” gesproken wanneer “verzekeringnemer” bedoeld is.

4.21. Hiervoor is reeds toegelicht dat particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen veelal worden afgesloten door personen die een onderneming drijven, omdat zij geen beroep kunnen doen op de publiekrechtelijke voorzieningen (randnummers 4.2 e.v.). Daarbij kwam in beeld dat het daarbij kan gaan om zelfstandigen (met of zonder personeel) maar ook om directeuren-grotaandeelhouders (DGAs) van BV's, omdat ook deze groep geen beroep kan doen op de publiekrechtelijke regelingen. In het eerste geval (een zelfstandig ondernemer) zal de ondernemer zelf, in persoon, zowel verzekeringnemer als ook verzekerde zijn. In het tweede geval (een DGA met een BV) is relevant of de BV partij is bij de arbeidsongeschiktheidsverzekering of niet. Een DGA kan zelf een AOV afsluiten, maar ook zijn BV kan dat doen. In dat laatste geval kan de DGA verzekerde zijn of, in het geval van een sommenverzekering, eventueel (ook) begunstigde.

4.22. In de praktijk lijkt weinig voor te komen dat een BV verzekeringnemer is. Dit heeft, naar het zich laat aanzien, onder meer fiscale redenen (zie daarover verder hierna, randnummers 6.19 e.v.). Uitgangspunt is dat verzekeringen tegen ziekte, ongeval en/of arbeidsongeschiktheid fiscaal gesproken niet als bedrijfsaangelegenheden kunnen worden gezien,⁶² tenzij zij zien op bijzondere aan de beroepsbeoefening verbonden risico's.⁶³ De reden daarvoor is, zo oordeelde de Belastingkamer van de Hoge Raad, dat de gezondheid een belang vormt dat voor eenieder bestaat, ongeacht of hij al dan niet enig bedrijf of beroep uitoefent.⁶⁴ Dit

brengt mee dat particulieren, ook als zij ondernemer zijn,⁶⁵ de premies voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kunnen aftrekken van hun belastbaar inkomen als uitgaven voor inkomensvoorzieningen (art. 3.124 lid 1 onder c Wet op de Inkomstenbelasting (Wet IB 2001)). Een periodieke uitkering uit hoofde van een arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt belast als loon in de zin van Wet IB 2001.⁶⁶ Omdat de premies geen bedrijfslasten zijn, kunnen zij niet op de winst in mindering worden gebracht.⁶⁷ Dit betekent dat het in veel gevallen fiscaal ongunstig is om de BV de verzekeringnemer te laten zijn: de premies zijn dan niet fiscaal aftrekbaar. Verder is het niet zonder risico om de uitkering aan de BV ten goede te laten komen (en deze het salaris te laten doorbetalen): als de BV failliet gaat, heeft de DGA zelf geen aanspraak op uitkering jegens de verzekeraar, terwijl zijn salaris na verloop van tijd niet langer zal worden betaald.⁶⁸

4.23. Uit deze korte schets blijkt dat in de gebruikelijke situatie, die ook in het onderhavige geval voorligt, een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt afgesloten door een natuurlijke persoon die als zelfstandige werkt. Deze arbeidsongeschiktheidsverzekeringen hebben normaal gesproken als doel het inkomen van de verzekeringnemer aan te vullen bij arbeidsongeschiktheid.

5. Richtlijn 93/13/EEG: doel, reikwijdte, en toepassing

5.1. Voor beantwoording van de prejudiciële vragen is het noodzakelijk in beeld te brengen hoe moet worden beoordeeld of een beding zoals dat hier aan de orde is "oneerlijk" is in de zin van de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: "Richtlijn 93/13/EEG" of "de Richtlijn").⁶⁹ Voordat ik daaraan toekom, ga ik eerst kort in op:

– het doel van de Richtlijn (randnummer 5.2);

– het toepassingsbereik van de Richtlijn, waarbij achtereenvolgens aandacht wordt besteed aan het begrip "consument" en de vraag welke bedingen aan toetsing kunnen worden onderworpen (randnummers 5.3 e.v.).

Vervolgens komt aan de orde op welke wijze wordt beoordeeld of sprake is van een oneerlijk beding (randnummers 5.17 e.v.). Beantwoording van deze vraag voert langs de volgende thema's:

– de (voor)vraag of de Richtlijn ruimte laat voor uitleg van een beding;

– de vraag hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument;

– de "goede trouw"-beoordeling;

– de ruimte voor de nationale rechter om deze beoordeling uit te voeren;

– enkele voorbeelden van als oneerlijk te beschouwen bedingen;

– de gevolgen die moeten worden verbonden aan het eventuele oordeel dat een beding oneerlijk is.

A. Doel van de Richtlijn

5.2. De Richtlijn berust op de gedachte dat de consument zich ten opzichte van de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, en dat hij daarom bescherming verdient.⁷⁰ De door de Richtlijn beoogde consumentenbescherming krijgt gestalte doordat de consument niet gebonden is aan contractuele bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd (art. 3 en art. 6 lid 1 Richtlijn). In Nederland heeft de Richtlijn niet geleid tot specifieke implementatiewetgeving. Naar het oordeel van de regering zou ons recht met afdeling 6.5.3 BW inzake algemene voorwaarden reeds aan de Europese maat zijn⁷¹ en voor zover nodig moet richtlijnconforme interpretatie van de bepalingen van deze afdeling de puntjes op de i zetten.⁷² De begrippen "oneerlijk" uit de Richtlijn en "onredelijk bezwarend" uit het BW hebben dan ook dezelfde betekenis.⁷³

B. Toepassingsbereik: het begrip "consument"

5.3. De Richtlijn biedt bescherming aan consumenten. Een consument is volgens art. 2 onder b van de richtlijn iedere natuurlijke persoon die bij onder de Richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.⁷⁴ Zijn wederpartij wordt aangeduid als de "verkoper", waaronder wordt verstaan: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze Richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit (art. 2 onder c Richtlijn).⁷⁵ Bepalend voor de toepasselijkheid van de Richtlijn is dus de hoedanigheid van de contractuele wederpartij van de verkoper (en niet die van eventuele andere betrokkenen of belanghebbenden).⁷⁶ Deze moet, om de bescherming van de Richtlijn te kunnen genieten, ten eerste een natuurlijke persoon zijn, en ten tweede handelen voor doeleinden die gelegen zijn buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit.

5.4. Enkel een natuurlijke persoon kan consument zijn. Een rechtspersoon, zoals (in Nederland) bijvoorbeeld een besloten vennootschap (BV), is dus niet als consument te beschouwen. Dit vloeit reeds voort uit de omschrijving die de Richtlijn geeft en is bovendien bevestigd door het HvJ EU⁷⁷ in zijn arrest *Idealservice*:⁷⁸

"15. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat artikel 2, sub b, van de richtlijn [93/13/EEG, A-G] de consument omschrijft als 'iedere natuurlijke persoon' die aan de voorwaarden van deze bepaling voldoet, terwijl in artikel 2, sub c, van de richtlijn in de definitie van het begrip 'verkoper' naar zowel natuurlijke als rechtspersonen wordt verwezen.

16. Uit de bewoordingen van artikel 2 van de richtlijn blijkt dus duidelijk, dat een ander dan een natuurlijk persoon, die een overeenkomst sluit met een verkoper, niet als consument in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt.

17. Derhalve moet op de tweede en de derde vraag worden geantwoord dat het begrip 'consument' zoals omschreven in artikel 2, sub b, van de richtlijn, aldus moet worden uitgelegd, dat het uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen."

5.5. Een consument is dus per definitie een natuurlijke persoon. Niet iedere natuurlijke persoon treedt echter (steeds) op als consument. Om vast te stellen of de betrokken persoon als zodanig optreedt of is opgetreden, moet, het is hiervoor al aangegeven (randnummer 5.3), worden beoordeeld of hij bij het aangaan van de overeenkomst heeft gehandeld voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening vallen. Een natuurlijke persoon die een onderneming drijft, kan dus volgens de omschrijving van de Richtlijn wel degelijk een consument zijn, mits de overeenkomst waar het om gaat door hem is gesloten voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening vallen. In het arrest *Costea*⁷⁹ oordeelde het HvJ EU dat het begrip "consument" een objectief begrip is, zodat niet van belang is over welke concrete kennis of informatie de betrokken persoon beschikt. In plaats daarvan moet, aan de hand van alle omstandigheden van het geval, worden vastgesteld met welk doel de overeenkomst is aangegaan, waarbij het HvJ EU overigens wel enkele omstandigheden in het bijzonder aanduidt:

"21. Zoals de advocaat-generaal in de punten 28 tot en met 33 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het begrip 'consument' in de zin van artikel 2, onder b), van

richtlijn 93/13 een objectief begrip dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of van de informatie waarover die persoon werkelijk beschikt.

22. De nationale rechter bij wie een geding aanhangig is over een overeenkomst die binnen de werksfeer van die richtlijn kan vallen, moet, rekening houdend met alle bewijsstukken en in het bijzonder met de bewoordingen van die overeenkomst, nagaan of de kredietnemer als 'consument' in de zin van die richtlijn kan worden aangemerkt (zie naar analogie arrest Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, punt 48).

23. Daartoe moet de nationale rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak, met name met de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft, waaruit kan blijken met welk doel dat goed is gekocht of die dienst is ontvangen." (onderstreping toegevoegd, A-G (gecursiveerd; red.))

5.6. In het arrest Costea ging het om een advocaat, werkzaam op het terrein van het handelsrecht, die voor privédoeleinden een kredietovereenkomst had gesloten. Het HvJ EU overwoog dat het feit dat de advocaat over relevante kennis en ervaring beschikte niet in de weg stond aan een beroep op de bescherming van de Richtlijn. Volgens het HvJ EU is de zwakkere positie van de consument, waarvoor de Richtlijn beoogt te compenseren, immers niet slechts gelegen in de informatieachterstand van de consument ten opzichte van de verkoper, maar ook in het feit dat hij een zwakke onderhandelingspositie heeft.⁸⁰ De kennis en ervaring van de consument in kwestie doen dus niet ter zake. De betrokken advocaat kon derhalve, ondanks zijn relevante kennis, als consument worden aangemerkt, enkel omdat de lening die hij was aangegaan voor privédoeleinden was gesloten. Daaraan deed ook niet af, aldus het HvJ EU, dat hij een aan zijn eenmanszaak toebehorende omroerende zaak als onderpand had gegeven.⁸¹

5.7. In de arresten Tarcau⁸² en Dumitras⁸³ bevestigde het HvJ EU de lijn uit het arrest Costea. In beide gevallen ging het om een natuurlijke persoon die zich borg had gesteld voor een zakelijke lening aan een bedrijf van een ander. Het HvJ EU formuleerde het criterium uit het Costea-arrest als volgt:

"27. In dat verband zij eraan herinnerd dat het begrip 'consument' in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 93/13 een objectief begrip is (zie arrest Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punt 21). Dit begrip moet aan de hand van een functioneel criterium worden beoordeeld, namelijk of de betrokken contractuele band deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of een bedrijf."⁸⁴

Vervolgens overwoog het HvJ EU dat ook een natuurlijke persoon die zich borg stelt voor een zakelijke lening een consument kan zijn. De borgstelling kan weliswaar als accessoir aan die leningsovereenkomst worden gezien, maar wanneer de borg zelf niet handelt voor doeleinden die binnen zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen, is hij wel degelijk consument. Dit kan anders zijn als de borg functionele banden heeft met het bedrijf dat de lening is aangegaan.⁸⁵ Functionele banden met het bedrijf kunnen volgens het HvJ EU aan de orde zijn bij beheer van een bedrijf of bij een niet onaanzienlijke deelneming in het maatschappelijk kapitaal ervan.⁸⁶ Ook als de overeenkomst die een natuurlijke persoon aangaat dus mede ten behoeve van een bedrijf is aangegaan, kan deze natuurlijke persoon nog steeds als consument gelden, mits hij zelf geen functionele banden met het bedrijf heeft.⁸⁷

5.8. Het begrip consument in afdeling 6.5.3 BW. In het Nederlandse recht wordt de consument vrijwel steeds aangeduid als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Deze omschrijving is ook terug te vinden in art. 6:236 en 237 BW waarin de zogenoemde "zwarte" en "grijze" lijst van bedingen die indien gebruikt in algemene voorwaarden in de verhouding tot een consument (vermoed worden) onredelijk bezwarend (en dus vernietigbaar ex art. 6:233 onder a BW) (te) zijn. Het is goed te bedenken dat het begrip "handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" in het licht van de wetsgeschiedenis ruim wordt geïnterpreteerd, in die zin dat ook dat een natuurlijke persoon die handelt buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening, maar wel ten behoeve van zijn beroep of bedrijf, niet als consument wordt gezien.⁸⁸ Dat betekent dat de huisarts die stoelen voor de wachtruimte koopt en de slager die zijn winkel laat schilderen geen beroep kunnen doen op consumentenbescherming. Deze benadering zou overeenstemmen met die van het HvJ EU in de hiervoor genoemde arresten.⁸⁹ Voorbeelden zoals zojuist gegeven zijn in dat geval ook bruikbaar in de context van de Richtlijn.

5.9. Objectief of subjectief? In het arrest Tarcau, zoals hiervoor deels geciteerd (randnummer 5.7), kwalificeerde het HvJ EU het begrip consument als "objectief". Dat betekent, mede gelet op de verwijzing naar het arrest Costea, in de eerste plaats dat de subjectieve kennis en ervaring van de contractant niet relevant zijn voor de vraag of hij een consument is. Het EU-rechtelijke begrip consument wordt daarnaast ook als objectief gezien in die zin, dat het HvJ EU in de arresten Costea, Tarcau en Dumitras aanhaakt bij objectieve factoren als de aard van de overeenkomst zoals die blijkt uit haar bewoordingen, en dus niet bij de subjectieve bedoeling van de contractant.⁹⁰

5.10. Slotsom. Een consument in de zin van de Richtlijn is altijd een natuurlijke persoon. Ook een natuurlijke persoon die een onderneming drijft, kan een consument zijn: bepalend is of de overeenkomst waar het om gaat, is gesloten voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen, oftewel deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of een bedrijf. Dat de activiteiten indirect aan een bedrijf ten goede komen, zoals bij een borgstelling voor een zakelijke lening, doet daar op zich niet aan af. Wanneer de betrokkene echter functionele banden heeft met het bedrijf zoals bij het beheer van een bedrijf of een niet onaanzienlijke deelneming in het maatschappelijk kapitaal ervan, kan het antwoord echter anders luiden. In eerste instantie echter wordt de overeenkomst dus op zichzelf beschouwd. De vraag of de overeenkomst door de contractant is aangegaan voor doelen die voor hem buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening gelegen zijn, moet de rechter beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat in het bijzonder de aard van het goed of de dienst van belang is om te beoordelen met welk doel de overeenkomst is aangegaan. Of de consument beschikt over relevante kennis en ervaring, is niet relevant en evenmin of hij zich bij het aangaan van de overeenkomst professioneel heeft laten adviseren.⁹¹ Net als in het Nederlandse recht in het algemeen gebruikelijk is, wordt de consument categorisch benaderd (een natuurlijke persoon niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf is consument) en wordt niet in concreto getoetst over welke kennis en ervaring hij beschikt en evenmin beoordeeld of hij wel consumentenbescherming nodig heeft (verdient).

C. Toepassingsbereik: niet van toepassing op kernbedingen

5.11. Een eerste vereiste voor toepasselijkheid van de Richtlijn is dus dat het gaat om een beding in een overeenkomst, waarbij een consument partij is. Een tweede vereiste voor toepasselijkheid is dat over het beding in kwestie niet is onderhandeld (art. 3 lid 1 Richtlijn), waarvan in ieder geval sprake is als het beding van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben (art. 3 lid 2 Richtlijn).⁹² Volgens art. 4 lid 2 Richtlijn heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch 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. Bedingen die hierop zien worden aangeduid als kernbedingen en kunnen niet op eerlijkheid worden getoetst, maar wel (zo blijkt uit art. 4 lid 2 Richtlijn) op duidelijkheid en begrijpelijkheid.⁹³

5.12. Ook afdeling 6.5.3 BW zondert kernbedingen uit van toetsing: art. 6:231 BW definieert deze onder a als "bedingen die de kern van de prestaties aangeven". Volgens Uw Raad moet dat begrip, gelet op zijn ontstaansgeschiedenis en in het licht van art. 4 lid 2 Richtlijn, zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat "kernbedingen" veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.⁹⁴

D. Wat ligt ter toetsing voor? Cumulatief effect

5.13. Bij zijn beoordeling moet de rechter acht slaan op het cumulatieve effect van verschillende bedingen, indien zij gelijktijdig kunnen worden toegepast. In het arrest Radlinger ging het om een kredietovereenkomst die verschillende gevolgen verbond aan een betalingsachterstand: de kredietverstrekker kon onmiddellijke terugbetaling van het gehele resterende bedrag vorderen, maar ook verschillende contractuele boetes, afhankelijk van de duur van de betalingsachterstand. Het HvJ EU oordeelde dat het cumulatieve effect van de verschillende bedingen moet worden beoordeeld, waarbij omverschillig is of alle bedingen ook daadwerkelijk zullen worden ingeroepen. De rechter kan dus niet één beding buiten beschouwing laten, omdat dat in een concreet geval niet is of wordt toegepast; beslissend is of toepassing mogelijk is.⁹⁵

“94. Ingevolge artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (zie in die zin beschikking van 16 november 2010, Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, punt 59, en arrest van 9 juli 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, punt 48).

95. Zoals de advocaat-generaal in punt 74 van haar conclusie heeft opgemerkt, moet derhalve worden nagegaan wat het cumulatieve effect is van alle bedingen van een overeenkomst tussen een verkoper en een consument. Een dergelijke beoordeling is gerechtvaardigd, aangezien die bedingen in hun geheel moeten worden toegepast, ongeacht of de schuldeiser daadwerkelijk de volledige nakoming ervan nastreeft (zie naar analogie arrest van 10 september 2014, Kusionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 42).” [onderstreping toegevoegd, A-G (gecursiveerd; red.)]

Ruimte voor uitleg?

5.14. Een andere voorvraag is of het beding voorafgaand aan een eventuele oneerlijkheidstoetsing mag worden uitgelegd. Mag bij de uitleg van een beding bijvoorbeeld betekenis worden gehecht aan de overige bedingen van de overeenkomst of aan informatie (brochures en dergelijke) die voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst is verstrekt? Dat is voor de oneerlijkheidsbeoordeling mogelijk relevant in die zin dat door middel van uitleg mogelijk kan worden vastgesteld dat het beding een andere inhoud heeft, dan het op het eerste gezicht het geval lijkt: op die manier kan een ogenschijnlijk oneerlijk beding alsnog acceptabel blijken (zie echter randnummer 5.36 e.v. over het “opknippen” van oneerlijke bedingen).⁹⁶

5.15. De Richtlijn zelf geeft geen richtsnoeren voor de uitleg van een beding. Duidelijk is wel dat uitleg, welke dit ook is, geen afbreuk mag doen aan de afschrikkende werking van de Richtlijn (hiervoor randnummer 5.2). Aangenomen wordt dat de wijze van uitleg van bedingen aan het recht van de lidstaten is overgelaten.⁹⁷ Naar vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van overeenkomsten naar Nederlands recht de Haviltex-maatstaf.⁹⁸ In het arrest Chubb/Dagenstaed heeft Uw Raad een op verzekeringsvoorwaarden toegespitste invulling van deze maatstaf gegeven.⁹⁹ Het gegeven dat over de voorwaarden normaal gesproken niet is onderhandeld,¹⁰⁰ brengt mee dat een uitleg aan de hand van objectieve factoren aangewezen is.¹⁰¹ Volgens Uw Raad zijn die factoren met name 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.¹⁰² Deze meer “objectieve” uitleg wordt dus gerechtvaardigd door het feit dat over de voorwaarden niet is onderhandeld.¹⁰³

5.16. Deze wijze van uitleg lijkt goed te verenigen met (de doelstelling van) de Richtlijn, zolang het bij de uitleg gaat om informatie die de consument bij het aangaan van de overeenkomst ter beschikking is gesteld. In het kader van de transparantie-eis van art. 5 Richtlijn heeft het HvJ EU namelijk geoordeeld, dat de consument in staat moet zijn te voorspellen welke gevolgen voor hem uit een bepaald beding voortvloeien (zie daarover ook randnummers 5.20 e.v.). Bij die beoordeling is ook relevant de reclame en informatie die door de verkoper bij de totstandkoming van die overeenkomst zijn verstrekt aan de consument.¹⁰⁴ Tegen die achtergrond is aannemelijk dat de Richtlijn uitleg van een beding met inachtneming van eventuele toelichtingen, mits zij aan de consument zijn verstrekt, toestaat. Daarbij geldt bovendien, ingevolge art. 5 Richtlijn, dat in geval van twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument meest gunstige uitleg prevaleert (contra proferentem).¹⁰⁵

F. Beoordeling: wanneer is een beding oneerlijk?

5.17. Een beding is volgens de Richtlijn oneerlijk indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1 Richtlijn). Volgens art. 4 lid 1 Richtlijn worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

5.18. Handvatten bij de beoordeling. Bij de beoordeling is het praktisch om eerst te bezien of een beding voorkomt op een van de “lijsten” van bedingen die (mogelijk) oneerlijk zijn. In dit verband kennen we in de eerste plaats de “blauwe” lijst die een bijlage vormt bij de Richtlijn. Hierop staan bedingen die in de verhouding tussen verkoper en consument als oneerlijk in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn kunnen worden aangemerkt. De lijst is niet-uitputtend en indicatief. Het feit dat een beding voorkomt op deze lijst, betekent daarom niet zonder meer dat het oneerlijk is of wordt vermoed te zijn,¹⁰⁶ maar is wel een “wezenlijk aspect” van die beoordeling. Dat betekent dat de nationale rechter uitdrukkelijk aan de elementen, genoemd in die lijst, en de daaraan ten grondslag liggende gedachte moet toetsen, zo benadrukte het HvJ EU in het kader van een wijzigingsbeding, dat op de blauwe lijst voorkomt.¹⁰⁷ Omdat de rechter de blauwe lijst op deze manier uitdrukkelijk in zijn beoordeling moet betrekken, vertoont de blauwe lijst een zekere gelijkenis met “onze” grijze lijst.¹⁰⁸

5.19. Ook afdeling 6.5.3 BW werkt met lijsten: art. 6:236 BW bevat een lijst van bedingen die in de verhouding tot een consument geacht worden onredelijk bezwarend zijn (de “zwarte” lijst) en art. 6:237 BW bevat een lijst van bedingen die, opnieuw in de verhouding tot een consument, vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (de “grijze” lijst). Voor die laatste categorie geldt dat de gebruiker van de algemene voorwaarden het vermoeden dat sprake is van een onredelijk bezwarend beding kan weerleggen.¹⁰⁹ In beide gevallen heeft wetgever dus al (voor)werk verricht op het punt van de beoordeling. Als een beding op de zwarte lijst staat, is de beoordeling al door de wetgever geschied en heeft de rechter geen zelfstandige rol meer; bij de grijze lijst is de rol van de rechter beperkt tot het beoordelen van het door de gebruiker ingebrachte materiaal ter ontkrachting van het wettelijk vermoeden dat het beding onredelijk bezwarend is. Wat de verhouding tot de “blauwe” lijst betreft, geldt dat de Richtlijn minimumharmonisatie beoogt (art. 8 Richtlijn), zodat het de lidstaten vrijstaat om bedingen die op deze blauwe lijst voorkomen “grijs” of “zwart” te kleuren.¹¹⁰ De bedingen die op de Europese blauwe lijst staan zijn voor een groot deel terug te vinden op de Nederlandse grijze of zwarte lijsten.¹¹¹ In die gevallen is de Nederlandse wet dus strenger: een beding op de zwarte of grijze lijst is in de verhouding tot een consument immers onredelijk bezwarend of wordt vermoed dat te zijn, terwijl de blauwe lijst slechts indicatief is. Wel zal de rechter bij de inhoudelijke toetsing van een dergelijk beding ook de elementen die genoemd zijn in de blauwe lijst moeten meewegen, voor zover die elementen niet reeds in de Nederlandse lijst terugkomen, zo vloeit voort uit de hiervoor genoemde (randnummer 5.18) rechtspraak van het HvJ EU.

5.20. Het vereiste van transparantie. Bij de oneerlijkheidsbeoordeling weegt verder mee of het beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld. De Richtlijn bepaalt dat een beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn (art. 5 Richtlijn), maar verbindt geen aparte sanctie aan het gebruik van een niet-transparant beding. Dat is ook het

uitgangspunt bij de toepassing van de Nederlandse onredelijke bezwarendheidstoets: een gebrek aan transparantie maakt een beding niet op zichzelf onredelijk bezwarend, maar dit gegeven wordt als (zwaarwegende) omstandigheid wel betrokken bij de inhoudelijke onredelijke bezwarendheidstoets.¹¹² Betoogd wordt wel dat iets vergelijkbaars aan de orde is in de rechtspraak van het HvJ EU: de toetsing aan art. 5 Richtlijn lijkt in ieder geval in sommige HvJ EU-arresten deel uit te maken van de oneerlijkheidstoets.¹¹³

5.21. Wanneer is een beding onvoldoende duidelijk en begrijpelijk? Volgens het HvJ EU in de zaak *Kásler* moet de consument in staat zijn te voorspellen welke gevolgen voor hem uit een bepaald beding voortvloeien. In deze zaak, die betrekking had op een hypotheekovereenkomst, achtte het HvJ EU onder meer relevant de reclame en informatie die door de kredietverlener in het kader van de onderhandelingen over die overeenkomst werden verstrekt.¹¹⁴ Is, ook met inachtneming van deze aanvullende informatie, onduidelijk welke gevolgen het beding voor de consument heeft, dan prevaleert volgens art. 5 Richtlijn de voor hem meest gunstige uitleg (contra proferentem).

G. Beoordeling: een aanzienlijke verstoring van het evenwicht?

5.22. Staat een beding op één van de lijsten, dan is de rol van de rechter dus relatief eenvoudig. Is het beding echter niet in de lijsten opgenomen, dan wordt de oneerlijkheid van het beding in principe beoordeeld aan de hand van een vergelijking met het recht dat zou gelden als partijen op het betreffende punt geen regeling zouden hebben getroffen. In het arrest *Aziz* heeft het HvJ EU een soort marsroute of “stappenplan” gegeven voor die vergelijking.¹¹⁵

“68. Zoals de advocaat-generaal in punt 71 van haar conclusie heeft opgemerkt moet echter, om te bepalen of een beding een ‘aanzienlijke verstoring van het evenwicht’ tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. Daarbij is het ook relevant om na te gaan in welke juridische situatie de consument verkeert, gelet op de middelen waarover hij volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen.

69. Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een dergelijke verstoring van het evenwicht ‘in strijd met de goede trouw’ wordt veroorzaakt, moet worden vastgesteld dat, gelet op de zestiende overweging van de considerans van de richtlijn en zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in punt 74 van haar conclusie, de nationale rechter dient na te gaan of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.

70. Tegen die achtergrond moet in herinnering worden gebracht dat de bijlage waar artikel 3, lid 3, van de richtlijn naar verwijst slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (zie arrest *Invitel*, reeds aangehaald, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71. Bovendien moet overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de richtlijn bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (reeds aangehaalde arresten *Pannon GSM*, punt 39, en *VB Pénzügyi Lízing*, punt 42). Hieruit vloeit in dit verband voort dat ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert (zie arrest *Freiburger Kommunalbauten*, reeds aangehaald, punt 21, en beschikking van 16 november 2010, *Pohotovost*, C-76/10, *Jurispr. blz.* I-11557, punt 59).” [onderstrepingen toegevoegd, A-G (gecuriveerd; red.)]

5.23. In eerste instantie zal de nationale rechter dus moeten vaststellen of sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument. Een belangrijke indicator daarvoor vormt een vergelijking met het recht dat zou gelden als het beding er niet zou zijn geweest: plaatst het beding de consument in een juridisch minder gunstige positie dan hij zou hebben op grond van hetgeen anders zou gelden (over het algemeen een regeling van aanvullend recht)? Daarbij is het ook relevant om na te gaan in welke juridische situatie de consument verkeert, gelet op de middelen waarover hij volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen.¹¹⁶ In het arrest *Constructora Principado* heeft het HvJ EU over de vergelijking met het geldende recht nog het volgende overwogen:¹¹⁷

“22. De vraag of een dergelijke aanzienlijke verstoring van het evenwicht heeft plaatsgevonden kan dus kennelijk niet louter worden beantwoord op basis van een kwantitatieve financiële beoordeling die berust op een vergelijking tussen het totale bedrag van de transactie waarop de overeenkomst betrekking heeft en de kosten die overeenkomstig dat beding voor rekening komen van de consument.

23. Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan daarentegen reeds resulteren uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien.” [onderstrepingen toegevoegd, A-G (gecuriveerd; red.)]

5.24. Wanneer (aan de hand van een vergelijking met het geldende (aanvullende) recht) is vastgesteld dat de consument door het beding in een nadelige positie is komen te verkeren, is daarmee niet steeds gezegd dat het beding leidt tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen. Daarbij zal de rechter bijvoorbeeld kunnen meewegen dat er iets tegenover het beding staat dat de nadelen voor de consument kan opheffen of afzwakken.¹¹⁸ Hoewel de oneerlijkebeoordeling tot uitgangspunt neemt dat één enkel beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument kan opleveren,¹¹⁹ lijkt de Richtlijn toe te staan dat de consument voor de effecten van een op zichzelf nadelig beding wordt gecompenseerd door andere elementen van de overeenkomst. Zo valt in de considerans van de Richtlijn te lezen dat “(...) het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de verhouding kwaliteit/prijs niettemin in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen”. Een lagere prijs kan de consument bijvoorbeeld compenseren voor een nadelig beding, zo blijkt bijvoorbeeld ook uit de parlementaire geschiedenis van de afdeling 6.5.3 BW.¹²⁰ Tegelijkertijd valt lastig te controleren of een eventuele lagere prijs daadwerkelijk in verhouding staat tot de door de consument als gevolg van een bepaald beding ondervonden nadelen.¹²¹ Uit het arrest *Constructora Principado*¹²² is af te leiden dat moet komen vast te staan dat de consument met een prijsverlaging ook daadwerkelijk is gecompenseerd.¹²³

5.25. Uit het arrest *Radlinger* volgt verder dat niet relevant is of de schuldeiser daadwerkelijk de volledige nakoming van het beding nastreeft.¹²⁴ De schuldeiser/verkoper kan zich dus niet verweren door te betogen dat een op zichzelf nadelig beding geen effect heeft, omdat het in de praktijk niet wordt toegepast.

H. Beoordeling: strijd met de goede trouw?

5.26. Zoals uit het arrest *Aziz* blijkt, is het pleit nog niet beslecht wanneer een aanzienlijke verstoring wordt vastgesteld, maar zal vervolgens moeten worden beoordeeld of die verstoring “in strijd met de goede trouw” is veroorzaakt. Dat is niet het geval wanneer de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was

onderhandeld.¹²⁵ Dat moet worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden op het moment dat de overeenkomst werd gesloten, en rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.¹²⁶ In het arrest Kásler heeft het HvJ EU, in het kader van de transparantie-eis, benadrukt dat met “consument” een “normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument” wordt bedoeld.¹²⁷ Wanneer het HvJ EU in het kader van de goede trouw-beoordeling een zelfde consumentbegrip hanteert,¹²⁸ zou dat betekenen dat bij de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG steeds een relatief goed geïnformeerde en oplettende consument centraal staat.¹²⁹

5.27. Op deze plaats zij opgemerkt dat hiervoor (ter verduidelijking) een onderscheid is gemaakt dat overigens in sommige arresten en bepaalde literatuur ook wel wordt gemaakt tussen de “aanzienlijke verstoring”-toets en de “goede trouw”-toets uit art. 3 lid 1 Richtlijn,¹³⁰ alsof het om twee stappen in een beoordelingsproces gaat, maar uiteindelijk gaat het om één vraag waarin de twee elementen niet per se steeds zelfstandig en uitdrukkelijk in beeld komen: veroorzaakt het beding een zodanig ernstige verstoring in zijn nadeel, dat een consument hiermee niet zou hebben ingestemd als op eerlijke wijze was onderhandeld? Dat verklaart ook dat niet steeds expliciet aan het goede trouw-criterium wordt getoetst. Zo is Uw Raad recent een beding in een aandelenleasecontract ter beoordeling voorgelegd, op grond waarvan (in de kern) de bank het contract in het geval van wanbetaling onmiddellijk kon beëindigen en recht kreeg op schadevergoeding, zonder dat bij de vaststelling daarvan rekening werd gehouden met door de bank genoten voordeel. Na een vergelijking met de wettelijke regeling ten aanzien van schadebegroting waarin wel met genoten voordelen rekening wordt gehouden, oordeelde Uw Raad, zonder verder uitdrukkelijk een goede trouw-toets aan te leggen, dat het beding een aanzienlijke verstoring ten nadele van de consument opleverde en daarom oneerlijk was.¹³¹

I. Concrete beoordeling door de nationale (feiten)rechter

5.28. Van belang is dat de beoordeling of een beding als oneerlijk is aan te merken, aan de nationale rechter is overgelaten. In het arrest Pamon oordeelde het HvJ EU kort gezegd dat het aan de nationale rechter is om, met gebruikmaking van het door het HvJ EU geformuleerde toetsingskader en aan de hand van alle omstandigheden van het geval, te beoordelen of een bepaald concreet beding als oneerlijk moet worden aangemerkt.¹³² Het HvJ EU spreekt zich dus in beginsel niet uit over de vraag of de uitkomst van die beoordeling juist is.¹³³ Bij uitzondering gebeurt dat toch. Zo heeft het HvJ EU in het arrest Océano zelf geoordeeld dat een forumkeuzebeding, waarbij de rechter van de vestigingsplaats van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, oneerlijk is.¹³⁴

5.29. Het HvJ EU hecht dus aan een concrete beoordeling van het beding, dat wil zeggen, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Ook Uw Raad heeft in het arrest Van Marrum/Wolff benadrukt,¹³⁵ met verwijzing naar de rechtspraak van het HvJ EU,¹³⁶ dat de beoordeling of een beding onredelijk bezwarend is moet geschieden met inachtneming van de omstandigheden van het concrete geval en dat de rechter niet kan volstaan met een algemene beoordeling die op alle soortgelijke bedingen gelijkmatig van toepassing is. Tegelijkertijd zal enige mate van abstractie of objectivering onvermijdelijk zijn: zo betoogt Loos dat sommige belangrijke omstandigheden naar hun aard algemeen zijn, zoals het gegeven dat een arbitraal beding of een forumkeuzebeding voorkomt dat de wederpartij een geschil voorlegt aan de anders bevoegde rechter.¹³⁷

5.30. Hoewel de beoordeling of een beding oneerlijk is dus aan de nationale rechter is overgelaten, oefent het HvJ EU wel invloed uit door voor bepaalde typen bedingen nadere richtlijnen te geven voor de toetsing. Ik geef daarvan een enkel voorbeeld.

5.31. Arbitragebedingen. Arbitragebedingen staan op de blauwe lijst (onderdeel q). De rechtspraak van het HvJ EU brengt mee dat de nationale rechter streng toeziet op het gebruik van arbitragebedingen: in Mostaza Claro oordeelde het HvJ EU dat ook wanneer de burgerlijke rechter slechts wordt gevraagd om toestemming voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, hij het hieraan ten grondslag liggende arbitragebeding nog altijd ambtshalve op oneerlijkheid moet toetsen.¹³⁸ In het arrest Asturcom bevestigde het HvJ EU deze lijn.¹³⁹ In 2015 zijn arbitragebedingen als onderdeel n toegevoegd aan de zwarte lijst van art. 6:236 BW. Sindsdien is onredelijk bezwarend een beding in algemene voorwaarden gehanteerd in de verhouding met een consument, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het beding de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.¹⁴⁰

5.32. Boetebedingen. Boetebedingen zijn niet zonder meer als oneerlijk te beschouwen. Als onderdeel e van de indicatieve “blauwe” lijst staan als mogelijk oneerlijk aangemerkt wel bedingen die de verkoper toestaan “de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen” (onderstreping toegevoegd, A-G (gecursiveerd; red.)). Wat onevenredig is, is aan de nationale rechter, zo oordeelde het HvJ EU in Asbeek Brusse. Wel maakte het HvJ EU duidelijk dat matiging (door de rechter; vgl. art. 6:94 BW) geen alternatief kan zijn voor vernietiging van een oneerlijk boetebeding. Dat het nationale recht de mogelijkheid tot rechterlijke matiging kent, maakt een beding dat voorziet in een onevenredig hoge boete dus niet aanvaardbaar.¹⁴¹

J. Handhaving

5.33. Om de door de Richtlijn beoogde consumentenbescherming ook daadwerkelijk te realiseren, zal de rechter actief moeten optreden. Dat zal hij allereerst moeten doen door ieder beding dat mogelijk oneerlijk is aan de Richtlijn te toetsen, zo nodig ambtshalve.¹⁴² Deze verplichting bestaat zodra de rechter beschikt over de voor de toetsing benodigde informatie, zowel feitelijk als rechtens.¹⁴³ Indien noodzakelijk zal hij instructiemaatregelen moeten nemen om de informatie te verkrijgen die hij nodig heeft, ook om te beoordelen of een beding binnen de reikwijdte van de Richtlijn komt. Aangenomen mag worden, tegen de achtergrond van het beschermingsdoel van de Richtlijn, dat dit alles ook in verstekzaken geldt.¹⁴⁴

5.34. In Nederland vindt handhaving van de Richtlijn plaats middels richtlijnconforme toepassing van de bepalingen van afdeling 6.5.3 BW.¹⁴⁵ Dat betekent bijvoorbeeld dat de toets van art. 6:233 onder a BW, die inhoudt dat een beding vernietigbaar is als het (kort gezegd) onredelijk bezwarend is, wordt toegepast met inachtneming van het bepaalde in de Richtlijn (zie verder hierna, randnummer 5.38). De rechter zal dus steeds voor ogen moeten houden dat de Richtlijn beoogt te realiseren dat een consument door een oneerlijk beding niet wordt gebonden, en zal daarbij de mogelijkheden moeten benutten die hij heeft om (bijvoorbeeld) te bewerkstelligen dat de gevolgen van het beding ongedaan worden gemaakt.

5.35. Sancties. De doelstelling van de Richtlijn brengt mee dat, wanneer sprake is van strijd met een beschermende bepaling, daaraan sancties moeten worden verbonden. Art. 6 van de Richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat het nationale recht inhoudt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Hieruit volgt, aldus het HvJ EU, dat de nationale rechter een oneerlijk beding buiten toepassing dient te laten, opdat het geen dwingende gevolgen heeft voor de consument.¹⁴⁶ In Nederland gebeurt dat door het betreffende beding op grond van art. 6:233 onder a BW te vernietigen.¹⁴⁷ Matiging (van de gevolgen van) of aanpassing van het beding is niet aan de orde, omdat geen afbreuk mag worden gedaan aan de afschrikkende werking van die sanctie.¹⁴⁸ Het is niet aan de rechter om alsnog een eerlijk beding te construeren.

5.36. Het voorgaande brengt ook mee dat de rechter de effecten van een oneerlijk beding niet kan afzwakken, bijvoorbeeld door het oneerlijke beding te splitsen in een eerlijk en een oneerlijk deel en alleen dat laatste te vernietigen (daar vindt de uitleg van het beding dus zijn grens, zie hiervoor randnummer 5.14). Dit was

bijvoorbeeld aan de orde in een recente huurzaak die Uw Raad bereikte.¹⁴⁹ Het ging in deze zaak om een bepaling in de huurovereenkomst, die (kort gezegd) onderverhuur zonder toestemming van de verhuurder verbood, en aan een overtreding van dat verbod zowel een verplichting tot afdracht van de huurpenningen als een contractuele boete verbond. In dit verband rees de vraag of het boetebeding en de afdrachtverplichting afzonderlijk moesten worden beoordeeld of als één beding moesten worden beschouwd. In zijn conclusie in deze zaak betoogt A-G Valk dat de vraag, wat als één en hetzelfde beding moet worden opgevat, er een is van uitleg van de overeenkomst, maar wel een uitleg tegen de achtergrond van de doelstellingen van de Richtlijn.¹⁵⁰ Die achtergrond, zo schrijft hij, brengt mee dat een beding niet, om het oordeel “oneerlijk” te vermijden, mag worden “opgeknipt” in twee afzonderlijke bedingen.¹⁵¹ Uw Raad oordeelde, met verwijzing naar het arrest Radlinger (hiervoor randnummer 5.13), dat het hof inderdaad ten onrechte een splitsing had aangebracht tussen de afdrachtverplichting en het boetebeding, en het cumulatieve effect van de rechtsgevolgen van beide bedingen had miskend.¹⁵²

5.37. Slechts in het uitzonderlijke geval dat de overeenkomst zonder het vernietigde beding niet kan blijven voortbestaan, kan de rechter het vernietigde beding eventueel vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht, zo oordeelde het HvJ EU in de zaak Kásler.¹⁵³ In die zaak ging het om een overeenkomst van hypothecaire geldlening, waarbij de hoogte van de maandelijkse aflossingsverplichting door de bank werd berekend op grond van het verschil tussen de aankoopkoers en de verkoopkoers van vreemde valuta. De nationale rechter beoordeelde dit beding als oneerlijk, omdat de consument niet in staat was de hoogte van zijn verplichtingen te voorspellen (het beding was dus onvoldoende duidelijk en begrijpelijk).¹⁵⁴ Omdat vernietiging van het beding echter zou meebrengen dat het hele bedrag van de lening in één keer openbaar zou worden en de overeenkomst onuitvoerbaar zou worden, paste de rechter het beding met toepassing van nationaal recht zo aan, dat de maandelijkse aflossing op basis van de door de bank toegepaste aankoopkoers werd vastgesteld.¹⁵⁵ Het HvJ EU sanctioneerde deze oplossing.

5.38. In de Nederlandse context gaat het dus eerst en vooral om vernietiging van het betrokken beding.¹⁵⁶ Wanneer een beding wordt vernietigd, blijft de overeenkomst voor het overige in de regel bestaan (vgl. art. 3:41 BW). Hetgeen op grond van het vernietigde beding is gepresteerd, geldt als onverschuldigd betaald (art. 3:53 lid 1 jo. 6:203 BW). Te bedenken is dat de rechter de vernietigingssanctie richtlijnconform zal moeten toepassen; hij kan de gevolgen van de vernietiging dus niet beperken voor zover dat afbreuk zou doen aan de doelstelling van de Richtlijn, die inhoudt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden.¹⁵⁷

K. Slotsom

5.39. Uit het voorgaande zijn de volgende in het kader van de onderhavige procedure relevante uitgangspunten voor de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG af te leiden:

- de Richtlijn beoogt consumenten te beschermen door te bepalen dat oneerlijke bedingen hen niet binden;
- de Richtlijn beschermt alleen consumenten. Een consument is een natuurlijke persoon, die handelt voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen;
- bij de beoordeling of een beding oneerlijk is, is een vergelijking met het geldende recht een belangrijk handvat. Beoordeeld moet worden of de consument door het beding ten opzichte van het nationale recht in een zodanig nadeliger positie komt te verkeren, dat sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht;
- als dat laatste het geval is, rijst vervolgens de vraag of de consument met deze positie zou hebben ingestemd als hij op eerlijke wijze zou hebben kunnen onderhandelen (de goede trouw-toets);¹⁵⁸
- als het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, is geen sprake van een oneerlijk beding. Luidt het antwoord echter ontkennend, dan moet het beding als oneerlijk worden beschouwd en mag het de consument niet binden;
- in de Nederlandse situatie zal de rechter zijn bevoegdheid om het beding ex art. 6:233 onder a BW te vernietigen richtlijnconform (en dus zo nodig ambtshalve) moeten uitoefenen.

Tegen deze achtergrond zal ik nu de prejudiciële vragen behandelen.

6. Vraag 1: is de verzekering door een verzekerde aangegaan als consument?

6.1. De eerste van de prejudiciële vragen ziet op de uitleg van het begrip “consument” uit de Richtlijn. De vraag luidt als volgt:

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?

6.2. Ik ga ervan uit dat met het eerste deel van deze vraag bedoeld wordt op de verzekeringnemer, nu dit immers de gebruikelijke aanduiding is voor de partij die de verzekeringsovereenkomst is aangegaan.¹⁵⁹

6.3. Uit het voorgaande (randnummers 5.3 e.v.) blijkt dat voor de toepasselijkheid van de Richtlijn vereist is dat degene die de verzekeringsovereenkomst aangaat dat als consument heeft gedaan. De consument moet derhalve als verzekeringnemer zijn te beschouwen. In ieder geval blijkt op dit punt uit de rechtspraak van het HvJ EU dat een rechtspersoon niet als consument kan worden beschouwd. Mocht de betrokken verzekeringsovereenkomst dus door een rechtspersoon zijn afgesloten, blijft reeds om die reden de Richtlijn buiten toepassing. Dat de verzekerde en/of begunstigde eventueel een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf maakt geen verschil. In het kader van de Richtlijn moet worden gekeken naar de hoedanigheid van degene die de overeenkomst sluit, en dus niet naar de hoedanigheid van eventuele andere betrokkenen/belanghebbenden (hiervoor randnummer 5.3).

6.4. In dit verband is van belang dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering soms door een rechtspersoon wordt afgesloten. Zo komt het voor dat een BV verzekeringsnemer is. In dat geval kan de DGA verzekerde zijn of, in het geval van een sommenverzekering, eventueel (ook) begunstigde. De rechtspraak van het HvJ EU, die inhoudt dat rechtspersonen geen beroep op Richtlijn 93/13/EEG toekomt (hiervoor randnummer 5.4), brengt mee dat geen van beide situaties door Richtlijn 93/13/EEG wordt bestreken. Dat een natuurlijke persoon, de DGA, als begunstigde de uitkeringen ontvangt, maakt dit niet anders.¹⁶⁰ Ook maakt het geen verschil of de verzekerde een natuurlijke persoon is. Voor de toepassing van de Richtlijn is slechts relevant wie de overeenkomst is aangegaan. Het door [eiser] gevoerde betoog, dat als het ware door de vennootschap heen zou moeten worden gekeken om te bezien ten behoeve van wie een overeenkomst is gesloten, snijdt dus geen hout.¹⁶¹

6.5. Maar wat nu, zo wordt in de schriftelijke opmerkingen van [eiser] opgeworpen,¹⁶² wanneer een natuurlijke persoon op basis van een derdenbeding (art. 6:253 BW) partij is geworden bij een door een rechtspersoon (bijvoorbeeld zijn werkgever die dat beding ten behoeve van hem is overeengekomen¹⁶³) gesloten verzekeringsovereenkomst?¹⁶⁴ Inderdaad lijkt goed verdedigbaar dat hem dan toch een beroep op consumentenbescherming toekomt.¹⁶⁵ art. 6:254 BW bepaalt immers met zoveel woorden dat deze derde (die dan voor de toepassing van de Richtlijn nog steeds wel consument zal moeten zijn)¹⁶⁶ door aanvaarding van het derdenbeding partij wordt bij de (reeds bestaande) overeenkomst.¹⁶⁷ Dat deze reeds bestaande overeenkomst aanvankelijk tussen verzekeraar en rechtspersoon (in

het voorbeeld de werkgever) was afgesloten, zou dan toch niet aan toepassing van de Richtlijn in de weg moeten staan. Maar ook dan alleen wanneer de betrokken derde als consument is opgetreden (ten tijde van aanvaarding van het derdenbeding en daarmee het toetreden tot het contract). Het gaat hier echter om een bijzondere situatie, die in het onderhavige geval niet aan de orde is.

6.6. Hoewel dus wel voorkomt dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering door een rechtspersoon wordt afgesloten, lijkt het normale geval althans de meest voorkomende situatie te zijn, dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt afgesloten door een natuurlijke persoon, die zowel verzekeringnemer als verzekerde is (hiervoor randnummers 4.15-4.16). Dit is ook de situatie in het tot de onderhavige prejudiciële vragen aanleiding gevende geval (hiervoor randnummer 2.2). In zo'n geval geniet deze natuurlijke persoon mogelijksterwijs de bescherming van de Richtlijn: daaraan staat niet in de weg dat hij een onderneming in stand houdt, mits de overeenkomst waar het om gaat is gesloten voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen. Daarop ga ik hierna (randnummers 6.8 e.v.) nader in.

6.7. De eerste prejudiciële vraag houdt mede in (gelet op de tweede volzin) of verschil maakt wie de premie betaalt. Ik begrijp de vraag aldus: maakt het uit wie feitelijk de premie betaalt? Bij een andere lezing zou de tweede volzin geen toegevoegde waarde hebben ten opzichte van de eerste, nu de verplichting tot premiebetaling immers in uitgangspunt juist op de verzekeringnemer rust. Het antwoord op de aldus begrepen vraag luidt ontkennend: bepalend is immers juist wie de verzekeringnemer is; het gaat juist om dat partijchap, het aangaan van het contract. Is dat een natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dan zou geen verschil moeten maken dat een ander, natuurlijke persoon of juist rechtspersoon, feitelijk de premie voor zijn rekening neemt. Dit geldt ook in de omgekeerde situatie (een rechtspersoon is verzekeringnemer en een natuurlijke persoon betaalt de premie): ook dan is bepalend wie verzekeringnemer is en niet wie de premie betaalt, zodat de Richtlijn hier niet van toepassing is.¹⁶⁸

Strekking of doel van de verzekering

6.8. Als de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is, komt vervolgens gelet op de rechtspraak van het HvJ EU de vraag in beeld of deze de overeenkomst heeft gesloten voor doelen die buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen. Daarbij komt het aan op de aard van het goed of de dienst waarop de overeenkomst ziet. Wat de verzekeringsovereenkomst betreft ligt het dan voor de hand te kijken naar het verzekerde risico en daarmee naar de vraag wanneer recht op uitkering bestaat. In een concreet geval zal uit de polis moeten worden afgeleid waartoe de betreffende verzekering strekt. Zoals hiervoor (randnummer 5.15) is besproken, zijn de bewoordingen van de polisvoorwaarden daarbij leidend, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval bij de polisvoorwaarden behorende toelichting. Om de gedachten te bepalen is een aantal (op internet beschikbare) polisvoorwaarden bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bekeken.¹⁶⁹ Daarover, ter illustratie, het volgende.

6.9. Zoals hiervoor is uiteengezet (randnummers 4.15 e.v.), zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeringen veelal gericht op ondernemers; vaak (zoals in het onderhavige geval) kunnen zij ook uitsluitend door ondernemers worden afgesloten.¹⁷⁰ Ook is het recht op uitkering gekoppeld aan de uitoefening van een beroep of bedrijf: alleen indien de verzekeringnemer ongeschikt is tot het uitoefenen van dat beroep of bedrijf, kan hij aanspraak maken op uitkering.¹⁷¹

6.10. Het feit, dat de verzekeringnemer een beroep of bedrijf uitoefent, is dus in verschillende opzichten van belang – of zelfs bepalend – voor de totstandkoming en voor de inhoud van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dat wil, wat mij betreft, echter nog niet zeggen dat de verzekeringnemer de verzekering ook voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden heeft afgesloten, zodat hij buiten het beschermingsbereik van de Richtlijn zou vallen. Daarvoor is immers van belang met welk doel de verzekering is afgesloten, waartoe primair moet worden gekeken naar de aard van die verzekering en daarmee naar het verzekerde risico, ofwel de vraag wanneer recht op uitkering bestaat. Het verzekerde risico, dat wil zeggen de onzekere gebeurtenis die zich moet voordoen alvorens een recht op uitkering bestaat, is immers één van de noodzakelijke elementen van de verzekeringsovereenkomst (art. 7:925 lid 1 BW).¹⁷² Welk risico verzekerd is, moet worden afgeleid uit de polisvoorwaarden.¹⁷³

6.11. Wat het verzekerd risico betreft kan een onderscheid worden aangebracht tussen verzekeringen die reeds uitkeren als de verzekerde arbeidsongeschikt is, en verzekeringen die alleen uitkeren als bepaalde kosten worden gemaakt. In de meeste van de in dit verband bekeken polissen, zo ook in het onderhavige geval, heeft de verzekerde recht op een uitkering indien en vanaf het moment dat hij of zij (in een bepaalde mate) arbeidsongeschikt wordt (hoewel niet alle verzekeringen vereisen dat daadwerkelijk sprake is van inkomensderving).¹⁷⁴ Soms heeft de verzekering blijkens haar voorwaarden als doel ervoor te zorgen dat bepaalde kosten kunnen (blijven) worden betaald. Daarbij valt weer een onderscheid te maken tussen privélasten, zoals hypotheeklasten, en zakelijke lasten als huurlasten van een bedrijfspand of de kosten van het inhuren van een vervanger (waarnemer). Sommige verzekeringen zien alleen op privélasten,¹⁷⁵ andere alleen op zakelijke lasten,¹⁷⁶ en weer andere op allebei.¹⁷⁷ Bij sommige verzekeringen bestaat dus alleen recht op uitkering als de verzekerde bepaalde kosten moet maken, zoals kosten om een vervanger (waarnemer) in te huren als hij of zij arbeidsongeschikt wordt, of andere (zakelijke) kosten.¹⁷⁸ Deze verzekeringen zijn voor zover ik kan overzien aanvullende verzekeringen, die naast een inkomensverzekering kunnen worden afgesloten.¹⁷⁹

6.12. Ik keer terug naar de voorliggende vraag: wat is het doel waarvoor een arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt afgesloten? Het ligt voor de hand voor de beantwoording van deze vraag, uitgaande van de door Uw Raad ontwikkelde uitlegmaatstaven, aan te sluiten bij de tekst van de polisvoorwaarden. In veel gevallen, en ook in het onderhavige, heeft de verzekering tot doel het inkomen van de verzekerde aan te vullen bij arbeidsongeschiktheid. Dat zij dat doel hebben, wordt daardoor bevestigd dat bij de meeste verzekeringen, zo ook bij de onderhavige, een recht op uitkering bestaat als de verzekerde (voor meer dan een bepaald minimumpercentage) arbeidsongeschikt wordt, waarbij soms nog de eis wordt gesteld dat hij daadwerkelijk inkomensverlies lijdt. Wat mij betreft is duidelijk, dat dat een doel is dat buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de verzekeringnemer is gelegen. De uitkering ziet er in dergelijke gevallen immers op het inkomen van de verzekerde aan te vullen en hem in staat te stellen in de kosten van zijn levensonderhoud te voorzien. Zij ziet er niet op de verzekerde in staat te stellen zijn beroep of bedrijf uit te (blijven) oefenen en is dus niet ten behoeve van die beroeps- of bedrijfsuitoefening afgesloten.

6.13. Dat is wellicht anders bij verzekeringen die uitsluitend als doel hebben de verzekerde in staat te stellen zakelijke lasten, zoals de kosten van het inhuren van een vervanger, te (blijven) betalen, en die alleen kunnen worden afgesloten naast of in aanvulling op een inkomensverzekering (hiervoor randnummer 6.12). In dat geval is het recht op uitkering afhankelijk van de "behoefte" van het bedrijf en komt zij ook aan het bedrijf ten goede; zij verzekert de voortzetting van het bedrijf van de verzekeringnemer. Bij een inkomensverzekering zoals die in het onderhavige geval aan de orde is, is dat niet zo. De conclusie luidt dan, dat de verzekeringsovereenkomst is afgesloten voor doelen die buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de verzekeringnemer zijn gelegen.¹⁸⁰ Wat mij betreft doet aan deze conclusie niet af dat het beroep of bedrijf dat de verzekeringnemer uitoefent van belang is voor de totstandkoming van de verzekering en (bepaalde elementen van) de inhoud daarvan. Dat betekent immers nog niet dat de verzekering ook voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden is afgesloten.

Slotsom

6.14. Uit het voorgaande volgt, dat de rechter bij de beoordeling of een verzekeringsovereenkomst door de verzekeringnemer is aangegaan als consument, eerst zal moeten bezien of de verzekeringnemer een natuurlijk persoon is.¹⁸¹ Is de verzekeringnemer een rechtspersoon, dan is de Richtlijn niet van toepassing (dit behoudens het geval van een derdenbeding; hiervoor randnummer 6.5). Wie (feitelijk) de premie betaalt, doet niet ter zake.

6.15. Is de verzekeringnemer een natuurlijk persoon, dan kan hij een consument zijn, ook als hij een onderneming drijft. Bepalend is dan of de verzekering, gezien

haar aard, voor doeleinden buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening is gesloten. De aard van de verzekering wordt in belangrijke mate bepaald door het verzekerde risico. Wat dat is, is een kwestie van uitleg van de polis. Wordt geconcludeerd dat de verzekering strekt tot aanvulling van het privé-inkomen,¹⁸² en niet (bijvoorbeeld) tot voldoening van zakelijke lasten,¹⁸³ dan leidt dat wat mij betreft naar de conclusie dat de verzekering is afgesloten voor doeleinden die buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn gelegen.

6.16. De belangrijkste factoren bij de beoordeling of de verzekering door de verzekeringnemer als consument is afgesloten, betreffen dus de vraag of de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is of niet en, mocht dat wel het geval zijn, de vraag of de verzekering strekt tot aanvulling van zijn privé-inkomen of (bijvoorbeeld) tot voldoening van zakelijke lasten.

6.17. In de feitenrechtspraak zijn ook andere factoren ten grondslag gelegd aan het oordeel dat een verzekeringnemer bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering als consument kon worden beschouwd, hoewel hij ondernemer was. Daarbij gaat het om fiscale aspecten en ook om de informatie- en onderhandelingspositie van de verzekeringnemer. Ik ga hier kort op in.

6.18. Fiscale aspecten. In de feitenrechtspraak is gewicht toegekend aan de omstandigheid dat uitkeringen uit hoofde van een arbeidsongeschiktheidsverzekering gelden als inkomen, waarover loonbelasting wordt geheven,¹⁸⁴ dat de verzekeringspremies van de inkomstenbelasting kunnen worden afgetrokken en niet in mindering op de winst worden gebracht¹⁸⁵ en dat de verzekeringspremies niet in de jaarrekeningen van de BV zijn opgenomen.¹⁸⁶ Omdat wat mij betreft primair naar de aard van de verzekering, en daarmee naar de overeenkomst zelf, moet worden gekeken, zijn deze fiscale aspecten wat mij betreft van secundair belang. Het is wel zo dat de verzekeringspraktijk, dat kwam hiervoor al aan de orde (hiervoor randnummer 4.22), mede wordt bepaald door fiscale aspecten; deze verklaren onder meer waarom een AOV in de regel niet door een rechtspersoon (BV) wordt afgesloten. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat de Belastingkamer van de Hoge Raad in een nog altijd richtinggevend¹⁸⁷ arrest uit 1954 uitdrukkelijk als uitgangspunt heeft genomen dat kosten voor inkomensvoorzieningen, zoals die voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, niet als bedrijfslasten moeten worden beschouwd, omdat "de gezondheid, waaronder mede is te verstaan het bezit van een onbeschadigd lichaam, een belang vormt dat voor eenieder bestaat, ongeacht of hij al dan niet enig bedrijf of beroep uitoefent".¹⁸⁸

6.19. Onderhandelings- en informatiepositie van de verzekeringnemer. Het hof Arnhem-Leeuwarden legde aan zijn oordeel dat de verzekeringnemer als consument had gehandeld mede ten grondslag dat de verzekeringnemer ten opzichte van de verzekeraar een zwakke onderhandelingspositie had en over minder informatie dan deze beschikte. Dit alles was volgens het hof door de verzekeraar niet betwist.¹⁸⁹ Zoals hiervoor is besproken, is het (daadwerkelijke) informatie- en kennisniveau van een contractant niet relevant bij de vaststelling of hij als consument gehandeld heeft; ook een bovengemiddeld goed geïnformeerde contractant kan een consument zijn.¹⁹⁰ Dat brengt, omgekeerd, ook mee dat een consument zijn kennisachterstand ten opzichte van de verkoper niet aannemelijk hoeft te maken of te bewijzen. Voor zijn zwakke onderhandelingspositie geldt hetzelfde. Een consument wordt als "abstracte figuur" benaderd en wordt zo als het ware geacht een informatieachterstand en een zwakke onderhandelingspositie te hebben ten opzichte van de verkoper, maar vereist is dat niet; deze factoren vormen weliswaar de ratio van consumentenbescherming maar zijn daarvoor geen vereisten.¹⁹¹ De juist genoemde factoren zijn dus niet echt bepalend, maar het is begrijpelijk dat zij wel worden genoemd door de rechter ter versterking van zijn oordeel dat betrokkene consument is, dat wil zeggen niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

6.20. Ten slotte. Hoewel het geen bewijs van de juistheid van het hiervoor uitgewerkte standpunt kan zijn, past bij het voorgaande op zich wel goed dat de Geschillencommissie van het Financiële Klachteninstituut Kifid een verzekeringnemer die een onderneming drijft als consument beschouwt.¹⁹² Het Kifid behandelt klachten die door consumenten zijn ingediend tegen financiële dienstverleners.¹⁹³ Daarbij beschouwt het als consument iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen.¹⁹⁴ Dit begrip strookt in die zin met dat van de Richtlijn, dat ook daarin de doeleinden waarvoor wordt gehandeld bepalend zijn. In de uitspraken van het Kifid waarin een arbeidsongeschiktheidsverzekering centraal staat met als verzekeringnemer een natuurlijke persoon¹⁹⁵ die als ondernemer optreedt (als zelfstandige of als DGA) wordt deze persoon steeds, zonder nader onderzoek op dit punt, als consument aangeduid.¹⁹⁶ Dat hij een ondernemer is, staat voor het Kifid kennelijk niet aan zijn status als consument (en daarmee aan de ontvankelijkheid van zijn klacht) in de weg. Mij zijn geen uitspraken van de Geschillencommissie bekend waarin deze kwestie expliciet door partijen aan de orde is gesteld.¹⁹⁷

7. Vraag 2: is artikel 14 van de polisvoorwaarden een oneerlijk beding?

7.1. De tweede prejudiciële vraag luidt als volgt:

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?

7.2. Vraag 2 houdt dus in, of een beding als in dit geding aan de orde als oneerlijk te beschouwen is. Ik roep de tekst van artikel 14 van de polisvoorwaarden (PV) in herinnering:

"Artikel 14 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."

7.3. Het partijdebat over de vraag, of dit beding als oneerlijk te beschouwen is, geeft aan dat verschillende onderwerpen aan de orde zijn. Nationale-Nederlanden heeft zich op het standpunt gesteld dat van oneerlijkheid geen sprake is. Artikel 14 houdt niet in dat Nationale-Nederlanden als verzekeraar eenzijdig en onherroepelijk de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de duur daarvan kan vaststellen. Het beding ziet slechts op een standpuntbepaling door de verzekeraar. Ook de wijze waarop die standpuntbepaling tot stand komt, is volgens Nationale-Nederlanden niet oneerlijk.¹⁹⁸ [eiser] op zijn beurt wijst op een tweetal pijnpunten. Wat hem betreft is de oneerlijkheid van artikel 14 PV eerst en vooral daarin gelegen dat de verzekeraar bevoegd is om deskundigen aan te wijzen, terwijl de verzekerde hierin geen inspraak heeft.¹⁹⁹ Verder is volgens [eiser] de bezwaartermijn van 30 dagen uit artikel 14 PV op zichzelf een oneerlijk beding, onder meer omdat deze termijn de wettelijke rechten van de verzekeringnemer bij wanprestatie door de verzekeraar op ongepaste wijze beperkt of uitsluit. Volgens Nationale-Nederlanden is de bezwaarregeling echter niet als oneerlijk aan te merken.²⁰⁰

7.4. Voordat op deze verschillende kwesties kan worden ingegaan, zal een voorvraag moeten worden beoordeeld. De eerste vraag, die door Nationale-Nederlanden is opgeworpen, betreft de vraag of artikel 14 PV als kernbeding moet worden beschouwd, zodat het niet aan een oneerlijke beoordeling kan worden onderworpen.²⁰¹

7.5. Verder houdt partijen verdeeld welke elementen in artikel 14 PV te onderscheiden zijn. Zij lijken het er wel over eens te zijn dat het beding in meerdere elementen uiteenvalt, en dat de bezwaartermijn in ieder geval op zichzelf moet worden beschouwd. Ook de vraagstelling gaat daarvan uit. Wat betreft de overige elementen van artikel 14 PV leggen zij een ander accent: waar voor [eiser] het eenzijdig door verzekeraar aanwijzen van de deskundigen het cardinale punt is, legt Nationale-

Nederlanden er, wellicht tegen de achtergrond van enkele uitspraken waarin anders werd aangenomen, de nadruk op de juiste strekking van de bepaling: wat haar betreft gaat om een standpuntbepaling en niet om een beslissing in de zin van een vaststellingsbeding (art. 7:900 lid 2 BW).²⁰² Ik zal deze drie elementen (standpuntbepaling, eenzijdige aanwijzing van deskundigen en bezwaartermijn) hierna eerst afzonderlijk bespreken, maar vervolgens ook ingaan op hun "cumulatieve effect" (randnummers 7.48 e.v.).

7.6. Voordat we aan de oneerlijkebeoordeling kunnen toekomen, zal dus eerst worden onderzocht of artikel 14 PV te beschouwen is als een kernbeding. Daarna volgt de oneerlijkebeoordeling waarbij achtereenvolgens aan bod komen:

- de vraag welk karakter de vaststelling door verzekeraar van de mate van arbeidsongeschiktheid heeft;
- de 30-dagen-bezwaartermijn;
- de bevoegdheid van de verzekeraar om eenzijdig deskundigen aan te wijzen;
- het "cumulatieve effect" van de verschillende elementen.

A. Is artikel 14 PV te beschouwen als een kernbeding?

7.7. Volgens Nationale-Nederlanden kan artikel 14 PV niet op oneerlijkheid worden getoetst, omdat de bepaling (voor zover het de standpuntbepaling door de verzekeraar regelt) deel uitmaakt van het eigenlijke voorwerp van de verzekeringsovereenkomst, oftewel een kernbeding vormt. [eiser] heeft dat bestreden.²⁰³

7.8. Hiervoor (randnummer 5.11) is reeds besproken dat kernbedingen van de oneerlijkheidstoetsing zijn uitgezonderd (en slechts op duidelijkheid en begrijpelijkheid kunnen worden getoetst). Kernbedingen zijn bedingen die het "eigenlijke voorwerp" van de overeenkomst betreffen.²⁰⁴ In het kader van art. 6:231 onder a BW heeft Uw Raad geoordeeld dat dat begrip, gelet op zijn ontstaansgeschiedenis en in het licht van art. 4 lid 2 Richtlijn, zo beperkt mogelijk moet worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat "kernbedingen" veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.²⁰⁵ Voor de vaststelling van wat daaronder moet worden verstaan is, volgens Uw Raad, dan ook niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn.²⁰⁶ De (schaarse) rechtspraak van Uw Raad bevestigt aan de ene kant dat niet snel van een kernbeding sprake is, maar heeft als mogelijke andere verklaring dat kernbedingen in de regel niet ter toetsing worden voorgelegd.²⁰⁷

7.9. Waar het gaat om verzekeringsvoorwaarden heeft het begrip "kernbeding" mogelijk een ruimere betekenis.²⁰⁸ Met betrekking tot verzekeringsovereenkomsten is in de considerans van de Richtlijn namelijk overwogen, dat die bedingen als kernbeding moeten worden aangemerkt, die "het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, (...) wanneer²⁰⁹ deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie (...)." Uit de parlementaire geschiedenis en de literatuur lijkt te volgen dat het hierbij primair gaat om bepalingen omtrent de dekking, oftewel bepalingen die zien op de vraag welke risico's worden gedekt of op de vraag welke risico's van dekking uitgesloten zijn.²¹⁰ Wansink en Van Tiggele-van der Velde betogen in dit verband dat "Voldoende is – in objectieve zin – dat komt vast te staan dat het gaat om een beding dat zo wezenlijk is voor de afbakening van de verzekerde risico's dat het al dan niet deel uitmaken daarvan van de polisvoorwaarden de schadelast en daarmee de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt".²¹¹ Deze opvatting houdt een nogal ruim kernbeding-begrip in en zondert veel polisbepalingen uit van de oneerlijkebeoordeling. Dat zien we terug in het betoog van Van Ardenne-Dick en Van Tiggele-van der Velde, die tot de kernbedingen ook bedingen rekenen die de verzekeringnemer bepaalde zorgvuldigheidsplichten opleggen, zoals de verplichting om een tegen diefstal verzekerde brommer met een goedgekeurd slot aan een aard- en nagevast voorwerp vast te zetten, nu de premie lager zal zijn bij meeromvattende zorgvuldigheidsverplichtingen.²¹² Tegen die achtergrond verbaast het niet dat ook andere geluiden klinken. Zo heeft Loos deze ruime opvatting bestreden: hij wijst erop dat ieder beding dat de verplichtingen van de verzekeraar beperkt van invloed kan zijn op de premiestelling, zodat in feite elk beding in de polisvoorwaarden tot kernbeding kan worden "gepromoveerd", hetgeen volgens hem in strijd is met de Richtlijn.²¹³ Ook Jongeneel meent dat de vraag of het beding mede de premiestelling kan beïnvloeden tot een te ruime categorie kernbedingen leidt.²¹⁴

7.10. Een precieze afbakening lijkt zo niet eenvoudig. Het vertrekpunt is dat kernbedingen in een verzekeringsovereenkomst primair die bedingen betreffen die het verzekerde risico omschrijven of beperken. Zij zijn daarom naar mag worden aangenomen ook van invloed op de premiestelling. Het enkele feit dat (het opgenomen zijn van) een beding de premie mede bepaalt, is op zichzelf echter niet voldoende om het als kernbeding aan te merken: het beding moet ook het verzekerde risico omschrijven of beperken. Het lijkt daarbij goed in het oog te houden dat de lat voor het aannemen van een kernbeding in het algemeen hoog ligt. Dat heeft alles met de achtergrond van de uitsluiting van kernbedingen van de oneerlijkebeoordeling te maken: voorkomen zou moeten worden dat overeenkomsten aan een verkapte rechterlijke iustum pretium-toetsing zouden worden blootgesteld. Dat zien we ook terug in de rechtspraak van Uw Raad. Daaruit blijkt dat het eigenlijk om die bedingen gaat, zonder welke van objectief bepaalbare verbintenissen voor partijen geen sprake meer is. Het wezen van de overeenkomst, in het onderhavige geval een verzekeringsovereenkomst, zou dan ontbreken.

7.11. Nationale-Nederlanden heeft haar betoog dat artikel 14 PV een kernbeding zou zijn, als volgt onderbouwd. Het beding vormt het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, omdat Nationale-Nederlanden zich hiermee, niet alleen tot het doen van een uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid heeft verplicht, maar ook tot het op zich nemen van een coördinerende rol bij de bepaling van de omvang en duur van haar uitkeringsverplichting die verband houdt met de mate van arbeidsongeschiktheid van de verzekerde. De verzekerde wordt hierdoor in belangrijke mate ontlast, ook financieel gezien. Ook is volgens Nationale-Nederlanden van betekenis dat de te betalen premie mede is afgestemd op de systematiek waarin artikel 14 PV voorziet.

7.12. Dit betoog voert naar mijn smaak niet tot de conclusie dat in casu sprake is van een kernbeding. Een kernbeding is aan de orde wanneer het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst zou ontbreken. Daarvan zou bij verzekeringsovereenkomsten in beginsel sprake zijn wanneer het voorwaarden betreft die de dekking bepalen en als zodanig in aanmerking worden genomen bij de premievaststelling. Mijns inziens is dat bij artikel 14 PV niet het geval. De bepaling betreft als zodanig niet een omschrijving of een beperking van het verzekerde risico. In plaats daarvan regelt het hoe de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid in haar werk gaat. Dat is zonder twijfel belangrijke materie, zowel voor verzekeraar als verzekerde, maar het gaat te ver om te concluderen dat het gaat om een beding dat van zo wezenlijke betekenis is voor de overeenkomst dat die zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen. De omstandigheid dat de premiestelling, zoals Nationale-Nederlanden betoogt en overigens ook niet onaannemelijk voorkomt, mede wordt bepaald door de in artikel 14 PV vastgelegde systematiek maakt niet dat het alsnog om een kernbeding gaat. Dat een beding mede van invloed is op de premiestelling is, zo werd hiervoor al gesteld, op zichzelf niet voldoende om het een kernbeding te laten zijn: het beding moet ook zien op het "wezen" van de overeenkomst, oftewel (bij een verzekeringsovereenkomst) het verzekerde risico. Daarvan is hier geen sprake.

7.13. Met de conclusie dat artikel 14 PV geen kernbeding is, komt de inhoudelijke oneerlijkebeoordeling daadwerkelijk in beeld.

B. Vaststellingsbeding of standpuntbepaling?

7.14. Nationale-Nederlanden heeft de impact van artikel 14 PV voor de verzekerde gerelativeerd door erop te wijzen dat de daarin vastgelegde procedure slechts leidt tot een standpuntbepaling door Nationale-Nederlanden en niet tot een vaststellings- of bewijsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW.²¹⁵ Dat is relevant, omdat daarvan in eerdere procedures over gelijksoortige bedingen wel is uitgegaan.²¹⁶ De bezwaartermijn die in artikel 14 PV is opgenomen, is bovendien geen vervaltermijn.²¹⁷ Dat betekent, aldus Nationale-Nederlanden, dat wanneer de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken “de verzekeraar duidelijkheid heeft over de ingang en omvang van de uitkering en bij verzekeringnemer het initiatief komt te liggen om aan te tonen dat het standpunt van NN ter zake van de mate van arbeidsongeschiktheid onjuist is”.²¹⁸ Nationale-Nederlanden heeft dit alles onderbouwd door te verwijzen naar de Protocollen van het Verbond van Verzekeraars.

7.15. Ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil kunnen partijen zich binden aan een tot een vaststelling leidende beslissing over wat tussen hen rechtens is (art. 7:900 lid 1 BW).²¹⁹ Een vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk, of krachtens een aan een derde of juist één van hen opgedragen beslissing (art. 7:900 lid 2 BW). Partijen kunnen dus overeenkomen dat één van hen het recht heeft de rechtsverhouding bindend vast te stellen (een vaststellingsbeding).²²⁰ Als een van de partijen op grond van een vaststellingsbeding een beslissing neemt, kan over het aldus “beslechte” punt tussen hen niet (meer) worden getwist (art. 7:904 lid 1 BW). Dat betekent dat bewijs ten aanzien van hetgeen is beslist irrelevant wordt.²²¹

7.16. Of artikel 14 PV een vaststellingsbeding is, is een kwestie van uitleg. Daarbij geldt hetgeen hiervoor (randnummer 5.14) is opgemerkt over uitleg van polisvoorwaarden in het licht van de Richtlijn. De tekst van het beding is niet zonder meer duidelijk: daarin staat dat “de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, worden vastgesteld door de maatschappij” (onderstreping van mij, A-G (gecursiveerd; red.)) en dat de verzekeringnemer wordt “geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden” indien hij de bezwaartermijn ongebruikt laat verstrijken. In ieder geval ontbreekt een term als “beslissing”. Dat zou een sterke aanwijzing vormen voor een vaststellingsbeding in de zin van art. 7:900 lid 2 BW. Belangrijker lijkt mij nog dat Nationale-Nederlanden zelf heeft benadrukt dat een gang naar de rechter (of de Geschillencommissie van het Kifid) “gewoon” open blijft staan: dit wordt de verzekeringnemer onder meer door middel van brochures duidelijk gemaakt.²²² Dat sluit ook aan bij de Protocollen, die voorschrijven dat de verzekeraar de verzekerde uitdrukkelijk de mogelijkheid moet bieden de zaak voor te leggen aan de rechter.²²³ Deze ruimte voor gewone rechterlijke beoordeling past niet bij een regime van een vaststellingsbeding in de zin van art. 7:900 lid 2 BW. Overigens zou ook een eventuele uitleg contra proferentem, die de Richtlijn voorschrijft bij onduidelijke bedingen, meebrengen dat het hier niet om een vaststellingsbeding gaat: dat is immers de voor de consument meest gunstige uitleg.²²⁴

7.17. Wat mij betreft is de meest aannemelijke uitleg daarom dat de uit artikel 14 PV voortvloeiende “vaststelling” door de verzekeraar niet het karakter heeft van een beslissing voortvloeiend uit een vaststellingsbeding in de zin van art. 7:900 lid 2 BW.

C. De bezwaartermijn

7.18. [eiser] heeft aangevoerd dat de bezwaartermijn van 30 dagen, die in artikel 14 PV is neergelegd, ook op zichzelf een oneerlijk beding is, omdat deze termijn de wettelijke rechten van de verzekeringnemer bij wanprestatie door de verzekeraar op ongepaste wijze beperkt of uitsluit (als bedoeld in de “blauwe lijst” onder b) en in strijd is met dwingend recht, namelijk de verjaringstermijn van 3 jaar van art. 7:942 lid 1 jo. 7:943 lid 2 BW. Volgens [eiser] gaat het dus om een vervalbeding, met als gevolg dat de verzekeringnemer na ommekeer van 30 dagen aan het “standpunt” van de verzekeraar gebonden is, in weerwil van de dwingende verjaringstermijn.²²⁵ Nationale-Nederlanden heeft dat bestreden, volgens haar is de bezwaartermijn geen vervaltermijn.²²⁶ Ik wijs erop dat de oneerlijkheid volgens [eiser] dus niet zit in de duur van de bezwaartermijn, maar in de gevolgen die worden verbonden aan het onbenut laten verstrijken van die termijn.

7.19. Of artikel 14 PV een vervaltermijn inhoudt, is opnieuw een vraag van uitleg. Als het onbenut laten van de bezwaartermijn zou leiden tot verval van recht van de verzekerde om aanspraak te maken op een (hogere) uitkering, dan zou dit inderdaad mogelijkterwils in strijd kunnen komen met (onder meer) de geldende verjaringstermijn. Gezien het feit dat het gaat om polisvoorwaarden is een uitleg in het licht van de polisvoorwaarden als geheel aan de orde. In dat verband is het standpunt van Nationale-Nederlanden aannemelijk, dat het niet om een vervaltermijn gaat, nu artikel 18 PV een vervaltermijn van een jaar geeft bij een definitieve afdoening; het zou onbegrijpelijk zijn als bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid een termijn van slechts 30 dagen zou worden gegeven.²²⁷ De uitleg dat het niet om een vervaltermijn gaat, sluit ook aan bij de Protocollen, die (zoals hiervoor, randnummer 7.16 is opgemerkt) voorschrijven dat de verzekeraar de verzekerde uitdrukkelijk de mogelijkheid moet bieden de zaak voor te leggen aan de rechter.²²⁸ Ook dat wijst erop dat het onbenut laten van de bezwaartermijn door de verzekeringnemer niet leidt tot verval van zijn recht om de vaststelling van de verzekeraar aan te vechten.

7.20. Gelet op dit alles meen ik dat geen sprake is van een vervaltermijn. Het recht van de verzekerde om te gaan procederen wordt erdoor niet beperkt. Mede daarom is er, wat mij betreft, geen reden om nader te onderzoeken of het beding een beperking inhoudt als bedoeld onder b van de “blauwe lijst”.

D. De bevoegdheid van de verzekeraar om deskundigen aan te wijzen

7.21. Volgens [eiser] is het beding in de eerste plaats oneerlijk, omdat, kort gezegd, het de verzekeraar de bevoegdheid geeft om deskundigen aan te wijzen, terwijl hij als verzekerde niet mag meebeslissen over de aan te wijzen deskundigen en over de aan hen verstrekte opdracht.

7.22. Daarmee gaat het, zo betoogt hij, om een beding in de zin van de “blauwe lijst” onder m, dan wel onder q en in de zin van de “zwarte lijst” van art. 6:236 onder k BW. Deze bevoegdheid biedt de verzekeraar een onevenredig voordeel ten opzichte van de verzekerde, omdat de verzekeraar kan (blijven) profiteren van eenzijdige rapportages van deskundigen van zijn voorkeur. Bovendien bestaan onder deskundigen soms uiteenlopende opvattingen, zoals bijvoorbeeld over bepaalde beroepszaken, waarvan verzekeraars kunnen profiteren.²²⁹

7.23. Nationale-Nederlanden heeft hier het volgende tegenover gesteld. Ten eerste heeft zij aangevoerd dat de verzekeringnemer voordeel heeft van artikel 14 PV, omdat die bepaling de verzekeraar verplicht om deskundigen in te schakelen, terwijl de verzekeringnemer anders zelf op grond van de hoofregel van art. 150 Rv gehouden zou zijn om aan te tonen dat hij arbeidsongeschikt is, en daarvoor op eigen kosten rapportages door deskundigen zou moeten laten opstellen. Verder heeft Nationale-Nederlanden benadrukt dat de door haar aangewezen deskundigen onderworpen zijn aan tuchtrecht (hiervoor randnummer 4.7) en dat zij als verzekeraar is onderworpen aan verschillende manieren vormen van toezicht waar het gaat om haar behandeling van claims (hiervoor randnummer 4.8). Ten slotte heeft Nationale-Nederlanden een vergelijking gemaakt met de wijze van vaststelling onder de publiekrechtelijke regelingen zoals de Zw en de WIA: ook onder die regimes is de uitkeringsgerechtigde gehouden zich te laten onderzoeken door een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige (hiervoor randnummer 4.5).

7.24. Hiervoor (randnummers 5. e.v.) is besproken dat het bij de oneerlijksbeoordeling in de eerste plaats aankomt op een vergelijking met het nationale recht dat van toepassing zou zijn als het beding niet zou gelden.

7.25. Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat Nationale-Nederlanden een vergelijking maakt met de bewijsrechtelijke positie die een verzekeringnemer zou hebben bij ontstentenis van het beding. Die ziet er als volgt uit.²³⁰

7.26. Om recht te hebben op een uitkering zal vast moeten komen te staan dat bij de verzekerde 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.²³¹ Vooropgesteld moet worden dat de vaststelling van (de mate) van arbeidsongeschiktheid altijd een beoordeling vergt door verschillende deskundigen met ieder hun eigen expertise, waaronder een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige.²³² Een beding als artikel 14 PV biedt de verzekeringnemer ontegenzeggelijk een voordeel in die zin dat het de verzekeraar verplicht deze deskundigen in te schakelen en hun werkzaamheden te bekostigen. Zou deze verplichting niet in de polisvoorwaarden zijn opgenomen, dan is het immers aan de verzekerde zelf om aan te tonen dat hij recht heeft op een uitkering op grond van de verzekering. In dat geval zal hij zelf de benodigde deskundigenrapporten moeten overleggen.

7.27. Ook in de situatie waarin artikel 14 PV is weggedacht, zal de verzekeringnemer echter verplicht zijn zich te laten onderzoeken door een deskundige. Art. 7:941 BW verplicht de verzekeringnemer/verzekerde immers alle inlichtingen en bescheiden te verstrekken die nodig zijn om zijn claim te onderbouwen. Die verplichting wordt veelal in de verzekeringsvoorwaarden uitgewerkt.²³³ In het onderhavige geval bepaalt artikel 13 PV onder meer dat de verzekeringnemer/verzekerde verplicht is "zich op verzoek van de maatschappij te laten onderzoeken door een door de maatschappij aangewezen arts en aan deze alle gewenste inlichtingen te verstrekken". Een eventuele vernietiging van artikel 14 PV laat deze verplichting van de verzekeringnemer/verzekerde om zijn medewerking te verlenen aan het vaststellen van zijn recht op uitkering onverlet. Als de verzekeringnemer de verplichting van art. 7:941 lid 2 BW niet nakomt, kan de verzekeraar daaraan onder omstandigheden bovendien sancties verbinden (art. 7:941 lid 3 en 4 BW).

7.28. Komt het tot een procedure bij de rechter, dan rust op de verzekerde, ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv, de verplichting om te bewijzen dat hij recht heeft op een uitkering onder de verzekering.²³⁴ Er is geen algemene wettelijke verplichting van de verzekeraar om dergelijk onderzoek te faciliteren en te bekostigen.²³⁵ Indien de verzekeraar het standpunt van de verzekerde betwist, kan de rechter een deskundige benoemen. De verzekerde zal aan diens onderzoek moeten meewerken (art. 198 lid 3 Rv). De in dat onderzoek aan de deskundige verstrekte medische gegevens zullen ook met de medisch adviseur van de verzekeraar worden gedeeld.²³⁶ Wel zal de verzekerde inspraak hebben bij de aanwijzing van een bepaalde deskundige: uitgangspunt is dat beide partijen met die keuze moeten instemmen.²³⁷ Ook in de situatie mét beding kan het uiteraard komen tot een procedure bij de rechter en de benoeming van een onafhankelijke deskundige. Het verschil voor de verzekerde is dan dat er in dat geval al een eerste, in opdracht van de verzekeraar opgesteld deskundigenrapport is, dat (vanuit het perspectief van de verzekerde) "van tafel moet".

7.29. Het relevante verschil tussen de situatie mét en de situatie zonder beding zit voor de verzekerde dus, zoals [eiser] dan ook benadrukt, in de bevoegdheid van de verzekeraar om in eerste instantie de persoon van de deskundige aan te wijzen en te bepalen welke vraag de deskundige krijgt voorgelegd.²³⁸ Dit benadeelt hem, aldus [eiser], ook wanneer hij eigen deskundigenrapporten in het geding brengt of als later een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek wordt verricht: in dat geval blijft het eerder, "eenzijdige" rapport immers een rol spelen als bewijsmiddel.²³⁹

7.30. Bezwaren tegen de praktijk dat verzekeraars deskundigen aanwijzen voor het vaststellen van arbeidsongeschiktheid zijn, [eiser] wijst daar ook op, reeds eerder benoemd, onder meer door de Ombudsman Financiële Dienstverlening. Deze schreef in zijn jaarverslag over 2007:

"4.3.2. Geen afstemming bij keuringen

Ten aanzien van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen heb ik gedurende een reeks van jaren, en voor het laatst in mijn jaarverslag over 2005, aanbevolen om bij elk medisch specialistisch onderzoek dat verder gaat dan een controle of bezoek op huisartsniveau, af te stemmen welke specialist daarvoor zal worden gevraagd. Ook heb ik aanbevolen om af te stemmen welke vragen hem of haar zullen worden voorgelegd over de gevolgen van een ongeval of een ziekte. Helaas moet ik nogal eens constateren dat deze aanbevelingen niet worden nageleefd. Ik vind dat zorgelijk, ook al omdat de bedrijfstak eigenlijk nimmer op mijn suggesties op dit punt heeft gereageerd. Daarom wil ik verzekeraars nog eens op het hart drukken in voorkomende gevallen de genoemde zaken met hun verzekerden af te stemmen. Consumenten moeten er mijns inziens op kunnen vertrouwen dat aanbevelingen van de Ombudsman, waarvan verzekeraars hebben aangegeven deze te zullen volgen, vervolgens niet in de wind worden geslagen. Bovendien kan dat vertrouwen op de verzekeraars zelf terugstralen, omdat de bedoelde afstemming er blijk van geeft dat zij hun verzekerden serieus nemen."²⁴⁰

7.31. De Ombudsman herhaalde hiermee een aanbeveling die reeds eerder, onder meer in het jaarverslag over 2005, was gedaan. In dat jaarverslag werd deze aanbeveling als volgt onderbouwd:

"4.1.2. Afstemming van specialist en vraagbrief

Bij de behandeling van arbeidsongeschiktheidsclaims is het aan te bevelen om bij elk medisch specialistisch onderzoek dat verder gaat dan een controle of bezoek op huisartsniveau, af te stemmen welke specialist zal worden gevraagd en welke vragen aan hem of haar zullen worden voorgelegd. Mijns inziens is het niet meer van deze tijd dat van twee contractpartners die elkaar serieus en gelijkwaardig achten, één zonder inspraak van de ander uitmaakt welke medisch specialist zal worden benaderd en welke vragen zullen worden voorgelegd. Afstemming op dit punt draagt zonder twijfel bij aan de transparantie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Een dergelijke afstemming is in de letselschadebranche al tientallen jaren goed gebruik en naar mijn weten worden in dat kader geen andere gedragsregels overwogen. In een enkel geschil over de keuze van de specialist of de inhoud van de vraagbrief kon ik samen met mijn medisch raadsman succesvol bemiddelen. Duidelijk is in ieder geval dat een door beide partijen aanvaarde medicus en vraagbrief de uitkomst van een onderzoek bij voorbaat meer acceptabel maakt. De tegenwerping hierbij dat een letselschadeclaim op basis van wet en jurisprudentie wordt geregeld en een arbeidsongeschiktheidsclaim op basis van een gezamenlijk gesloten contract, vind ik niet zwaarwegend. Voor beide branches gelden immers de voordelen van afstemming vooraf, zoals het eerder accepteren van onderzoek en rapportage, en het uitgangspunt dat contractpartijen elkaar serieus nemen."²⁴¹

7.32. Ook de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Kifid heeft zich gebogen over klachten van een verzekerde, die onder meer inhielden dat de verzekerde geen inspraak had gehad in de aanwijzing van de deskundige en evenmin in de hem voorgelegde vragen.²⁴² Verder had de verzekerde bezwaren tegen de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek had uitgevoerd. De Geschillencommissie oordeelde dat een nieuw onderzoek door een onafhankelijke deskundige moest worden uitgevoerd, en overwoog hierbij:

"Aangeslotene [de verzekeraar, A-G] dient bij het inschakelen van een medische deskundige rekening te houden met eventuele bezwaren van Consument tegen de aanwijzing van een bepaalde medische deskundige (vanwege bijvoorbeeld twijfel over onafhankelijkheid of deskundigheid) terwijl de vraagstelling in overleg tussen partijen dient te worden opgesteld."²⁴³

7.33. Ook de Raad van Toezicht Verzekeringen (thans de Tuchtraad Financiële Dienstverlening) heeft zich, in vergelijkbare zin, uitgesproken over dit probleem. Een verzekerde had geklaagd dat de door de verzekeraar aangewezen deskundige omstreden was, terwijl de verzekeraar niet bereid bleek aan deze bezwaren gehoor te geven.²⁴⁴ De Raad achtte deze klacht gegrond, en stelde in algemene zin voorop:

"Bij de beoordeling van een klacht als vervat in het eerste onderdeel, wordt vooropgesteld dat de bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar te betrachten zorgvuldigheid meebrengt dat binnen de grenzen van redelijkheid wordt voorkomen dat een arts wordt aangewezen in wiens deskundigheid en/of persoon de verzekerde geen vertrouwen kan hebben. In overeenstemming hiermee dient de verzekeraar, veelal in de persoon van de in dit opzicht met de uitvoering van de overeenkomst belaste medisch adviseur zich in een geval als het onderhavige ervan te vergewissen dat over bezwaren van de verzekerde die te zijner kennis zijn gekomen, in voldoende mate overleg wordt gepleegd en kan worden gepleegd, in die zin dat de mogelijkheid om de verzekerde tegemoet te komen niet bij voorbaat van de hand wordt gewezen of wordt overschaduwd door het dreigement van verzekeraar om de uitkering stop te zetten."²⁴⁵

7.34. Wervelman noemt deze uitspraak van de Raad van Toezicht juist en begrijpelijk. Ook ondersteunt hij, met enige kanttekeningen, de oproep van de Ombudsman aan verzekeraars om de keuze voor een deskundige met hun verzekeringnemer af te stemmen.²⁴⁶

“In lijn met het voorgaande kan ik de oproep op zichzelf onderschrijven, zij het dat de uitkomst van de discussie niet mag leiden tot een uiteindelijk dictaat van de persoon van de deskundige door verzekerde. Indachtig de polisvoorwaarde blijft de doorslaggevende beslissing in beginsel rusten bij verzekeraar, die immers uiteindelijk het risico in dekking genomen heeft. Maar dan moet verzekeraar natuurlijk wel de benoeming van de door haar voorgedragen deskundige – ingeval van gemotiveerde betwisting door verzekerde – deugdelijk kunnen beargumenteren.”

7.35. De mogelijke nadelen, die de verzekerde kan ondervinden van de benoeming van een deskundige door de verzekeraar, zijn dus door verschillende instanties en ook in de literatuur gesignaleerd, in meer of minder scherpe bewoordingen. Ik merk op dat de verschillende Protocollen voor claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen geen regeling bevatten voor de situatie dat de verzekerde bezwaren heeft tegen de persoon of tegen de vragen die de deskundige worden voorgelegd. In de versies uit 2011 en 2016 is alleen vastgelegd dat de verzekerde wordt geïnformeerd over de aangezochte deskundigen, hun rol en hetgeen van hen gevraagd of verwacht wordt.²⁴⁷ Nationale-Nederlanden heeft geen opmerkingen gemaakt waaruit kan worden afgeleid dat zij op dit punt een bepaald beleid voert en wat dit zou inhouden. De in artikel 14 PV neergelegde mogelijkheid om bezwaar te maken ziet alleen op inhoudelijke bezwaren tegen de vaststelling van de verzekeraar.²⁴⁸ Het is, wat mij betreft, opvallend te noemen dat de uitdrukkelijke oproep van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, recentelijk nog door Wervelman herhaald, aan de arbeidsongeschiktheidsverzekeraars om met hun verzekerden in overleg te treden bij het benoemen van deskundigen, niet tot aanpassingen heeft geleid van de Protocollen of (zo lijkt het althans) het eigen beleid van verzekeraars.

7.36. De Ombudsman Financiële Dienstverlening onderbouwde zijn aanbeveling onder meer met de observatie dat het gezamenlijk door partijen benoemen van een deskundige in de letselschadebranche de gangbare praktijk is. Volgens de Ombudsman wordt dit verschil in benadering niet gerechtvaardigd door het feit dat aan de regeling van arbeidsongeschiktheidsclaims, anders dan andere letselschadeclaims, een contractuele verhouding tussen claimant en verzekeraar ten grondslag ligt.

7.37. In letselschadezaken is inderdaad uitgangspunt dat partijen in samenspraak een deskundige benoemen. Van schetst het volgende beeld:²⁴⁹

“Het merendeel van de medische expertises in letselschadezaken komt tot stand zonder rechterlijke bemoeienis of tussenkomst. Strikt genomen gelden voor deze buitengerechtelijke expertises niet de in de vorige paragraaf besproken procesrechtelijke bepalingen en uitgangspunten, althans niet rechtstreeks. Toch werken zij indirect door naar de buitengerechtelijke situatie, en zijn er ook overigens goede argumenten om hen ook hier toe te passen. In de eerste plaats geldt ook in de buitengerechtelijke situatie dat de bij het geschil betrokken partijen zich jegens elkaar moeten gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Specifiek betekent dit bijvoorbeeld, dat zij moeten streven naar een buitengerechtelijke beëindiging van hun geschil en dat zij al datgene moeten doen wat nodig is om een overeengekomen expertise bewijskracht te geven. Langs deze weg komen fundamentele noties, zoals de noodzaak van een zorgvuldige en volledige informatievoorziening, het beginsel van hoor en wederhoor, en de neutraliteit en professionaliteit van de deskundige, ook in de buitengerechtelijke situatie zonder meer tot gelding.”

7.38. Op een vergelijkbare manier heeft ook A-G Bakels zich uitgelaten. Partijen dienen zich bij het afwickelen van schades, ook in het buitengerechtelijke traject, jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).²⁵⁰ Dat brengt volgens hem mee dat zij hun medewerking moeten verlenen aan het vaststellen van de vraagstelling aan een te benoemen deskundige en datgene moeten doen wat nodig is om het resulterende bericht of verslag bewijskracht te geven.²⁵¹

7.39. Uiteraard ziet het voorgaande op andere gevallen dan het onderhavige, namelijk op de buitencontractuele afwikkeling van letselschades. Dat maakt het echter des te opmerkelijker dat nota bene in een contractuele “setting”, zoals bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen het geval is, als uitgangspunt geldt dat er tussen partijen geen afstemming hoeft plaats te vinden over de aan te zoeken deskundige en de hem voorgelegde vragen. Daar kan moeilijk tegen worden ingebracht dat partijen over deze gang van zaken overeenstemming hebben bereikt: de kern van de zaak is immers juist of deze afspraken door de beugel kunnen.

7.40. De hier onderzochte wijze van vaststelling van (de mate van) arbeidsongeschiktheid contrasteert wat mij betreft dus ongunstig met de praktijk in letselschadezaken. Een andere mogelijke vergelijking is die met het publiekrechtelijke traject: Nationale-Nederlanden heeft in dit verband zelf aangevoerd dat de systematiek van artikel 14 PV, waarin zij als verzekeraar het initiatief neemt tot selectie en inschakeling van deskundigen, vergelijkbaar is met de systematiek die in het socialezekerheidsrecht wordt gehanteerd.

7.41. Van een zekere parallel is inderdaad sprake. Het is daarom niet onjuist om erop te wijzen dat ook bij een beroep op de WIA of de Zw deskundigen worden ingeschakeld, zoals verzekeringsartsen, die verbonden zijn aan het UWV.²⁵² Opvallend, en dat bevestigt een zekere parallelie, is dat juist ook in dit publiekrechtelijke traject kanttekeningen worden geplaatst bij de wijze waarop deskundigen worden ingeschakeld.

7.42. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft recentelijk in een door een uitkeringsgerechtigde aangespannen beroepsprocedure, naar aanleiding van het Korosec-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM),²⁵³ overwogen dat de betrokkene gezien de dienstbetrekking tussen het UWV en de verzekeringsarts gerechtvaardigde twijfel kan hebben over de onpartijdigheid van die arts, en dat hij hierdoor ten opzichte van het UWV in een ongelijke positie komt te verkeren. Volgens de CRvB is het de taak van de bestuursrechter om te compenseren voor een dergelijke ongelijke positie. Hij heeft daarbij enkele uitgangspunten geformuleerd. Zo moet de bestuursrechter toetsen of de betrokkene voldoende ruimte heeft gehad tot betwisting van de medische bevindingen van de verzekeringsartsen, en hem zo nodig daartoe alsnog de gelegenheid moet geven. De rechter kan ook een onafhankelijke deskundige benoemen.²⁵⁴

7.43. Betoogd zou kunnen worden dat een betrokkene in de hiervoor geschetste publiekrechtelijke context meer waarborgen omtrent de onpartijdigheid van een door zijn wederpartij ingeschakelde deskundige moeten worden geboden, dan in de civielrechtelijke context. Onder het publiekrechtelijke regime is het uitgangspunt immers reeds dat de burger zich ten opzichte van het bestuursorgaan (zoals het UWV) in een in verschillende opzichten nadelige positie bevindt, onder meer omdat voor een besluit van een bestuursorgaan het vermoeden van rechtmatigheid geldt, en het aan de burger is om het besluit aan te tasten.²⁵⁵ Degene die een beroep doet op een van de publiekrechtelijke arbeidsongeschiktheidsregelingen heeft ook geen andere keus dan zich tot het UWV te wenden, nu die instantie met het uitvoeren van de regelingen belast is. In de civiele context heeft een aspirant-verzekeringnemer, althans in theorie, willens en wetens ingestemd met de regeling die de door hem “gekozen” verzekeraar hanteert. Dat maakt de vergelijking met de publiekrechtelijke context wellicht minder bruikbaar. Duidelijk is echter dat, afgaande op de Protocollen van het Verbond van Verzekeraars, geen gemeengoed is dat verzekeraars hun verzekerden inspraak bieden in de keuze voor een bepaalde deskundige of de vraagstelling aan hem; de protocollen schrijven slechts voor dat de verzekerde hiervan in kennis wordt gesteld.

7.44. Daarmee contrasteert dat ten aanzien van door het UWV ingeschakelde deskundigen uitdrukkelijk erkend is dat gerechtvaardigde twijfels over hun onpartijdigheid kunnen bestaan.²⁵⁶ Ook is uitgangspunt dat de betrokkene voor de nadelen die hij hiervan ondervindt, moet worden gecompenseerd, hetzij doordat hij in de procedure bij het UWV de bevindingen van de deskundigen heeft kunnen weerleggen, hetzij doordat hij dit ten overstaan van de bestuursrechter alsnog kan doen. De bestuursrechter ziet erop toe dat betrokkene daadwerkelijk voor zijn achterstand gecompenseerd wordt. Anders dan Nationale-Nederlanden aanvoert, is de door haar gehanteerde systematiek in dit opzicht dus niet vergelijkbaar met die van het UWV.

7.45. Het wordt tijd om de balans op te maken. De vraag die voorligt, is of een verzekerde door de in artikel 14 PV vastgelegde bevoegdheid van de verzekeraar om

deskundigen te benoemen en de vraagstelling te bepalen, in een nadelige positie komt te verkeren ten opzichte van de situatie zonder dat beding.²⁵⁷ Om vast te stellen of ook sprake is van een aanmerkelijke verstoring, komt het er uiteindelijk op aan of de voordelen die de verzekerde geniet, waaronder het voordeel dat de verzekeraar het initiatief neemt tot het benoemen van deze deskundigen en hiervoor de kosten draagt (daarbij in aanmerking genomen dat hij hiervoor premie heeft betaald), hem compenseren voor het mogelijke nadeel dat een deskundige wordt benoemd waartegen hij om enige reden bezwaren heeft.

7.46. Hiervoor (randnummers 7.31-7.41) is aan de orde gekomen dat er zeker het een en ander aan te merken is op de praktijk van "eenzijdige" benoeming van een deskundige door een verzekeraar. De afwezigheid van een inspraakmogelijkheid voor de verzekeringnemer staat haaks op het in letselschadezaken algemeen aanvaarde uitgangspunt dat partijen, in ieder geval moeten proberen de schadeafwikkeling in onderling overleg te regelen. Ook in het bestuursrecht is erkend dat een uitkeringsgerechtigde op achterstand kan komen te staan doordat zijn "wederpartij", het UWV, bevoegd is om deskundigen te benoemen. Hiervoor bestaan compensatiemechanismen, zoals de actieve rol van de rechter, die passen bij de bestuursrechtelijke context.

7.47. Het door Nationale-Nederlanden genoemde kostenvoordeel voor de verzekerde compenseert hem niet zonder meer voor de nadelen die hij mogelijkserwijs van het beding ondervindt. Het risico voor de verzekerde bij benoeming van een deskundige, over wiens onpartijdigheid gerechtvaardigde twijfel bestaat, is immers dat zijn claim door de verzekeraar wordt afgewezen, waarna hij alsnog op eigen kosten zal moeten procederen om zijn zienswijze kenbaar te kunnen maken. Daarbij staat hij bovendien in die zin op achterstand dat hij het op basis van eerdere rapporten tot stand gekomen standpunt van tafel moet proberen te krijgen. Artikel 14 PV kan de verzekeringnemer daarom een nadeel opleveren.

E. Cumulatief effect

7.48. Hoewel de vraag is of zich hier een geval als in het arrest Radlinger (hiervoor randnummer 5.13) voordoet (is in casu wel sprake van verschillende bedingen?), lijkt het in het verlengde van dat arrest wel van belang dat in casu ook het cumulatieve effect van de verschillende elementen uit artikel 14 PV wordt beoordeeld. Duidelijk is dat de rechtsgevolgen van de hiervoor (randnummer 7.5) genoemde elementen van artikel 14 PV zich tegelijk kunnen voordoen: het gaat immers om een standaardproces dat altijd wordt doorlopen indien een verzekerde zich arbeidsongeschikt meldt en aanspraak maakt op een uitkering. Dat betekent dat in dit geval moet worden beoordeeld of en zo ja in hoeverre sprake is van benadeling van de verzekeringnemer door de eenzijdige benoeming van deskundigen, het karakter van vaststelling door de verzekeraar en de gevolgen van het niet (tijdig) maken van bezwaar in samenhang beschouwd.

7.49. Die beschouwing levert wat mij betreft het volgende op. Artikel 14 PV levert de verzekeringnemer in die zin voordelen op, dat hij daardoor een voortvarende en door de verzekeraar gefaciliteerde en bekostigde beoordeling van zijn arbeidsongeschiktheid verkrijgt, waartegen hij bezwaar kan maken. Hij wordt dus in belangrijke mate ontlast. Zijn mogelijke nadeel zit erin dat een deskundige kan worden benoemd die sceptisch staat tegenover zijn specifieke aandoening; de mogelijkheid om bezwaar te maken en eventueel in rechte te ageren zijn in die zin beperkt dat een reeds bestaand rapport dan zal moeten worden "aangevallen". Deze nadelen worden wat betreft echter daardoor gerelativeerd, dat artikel 14 PV niet als vaststellingsbeding moet worden beschouwd; als het wel om een vaststellingsbeding zou gaan, zou voor procederen over de beslissing immers veel minder ruimte bestaan, en dat is mijns inziens niet het geval. Ook het ongebruikt laten verstrijken van de bezwaartermijn levert in dat opzicht geen extra nadelen voor de verzekeringnemer op: de "vaststelling" is nog altijd "gewoon" aan te vechten. Het nadeel voor de verzekeringnemer is dat hij daartoe met eigen deskundigenrapporten zal moeten komen en zal moeten proberen de reeds tot stand gekomen rapportages onderuit te halen (dit alles wellicht in een procedure bij de rechter).

F. Slotsom

7.50. De slotvraag is of de nadelen die de verzekeringnemer van het beding ondervindt ook een aanzienlijke verstoring opleveren in het evenwicht tussen partijen, waarmee de verzekeringnemer niet zou hebben ingestemd als hij op eerlijke wijze had kunnen onderhandelen. Die aanzienlijke verstoring wordt vastgesteld door middel van een vergelijking met het geldende recht.

7.51. In dat verband is uitgangspunt ook de situatie zonder beding voor de verzekeringnemer in die zin ongunstig is, dat hij (ook dan) eigen deskundigenrapporten zal moeten produceren om zijn aanspraak op uitkering te bewijzen. Het verschil is dat er in dat geval niet al een in opdracht van de verzekeraar opgesteld deskundigenrapport ligt dat "van tafel moet".

7.52. Bedacht moet echter worden dat, ook in de situatie zonder beding op grond van art. 7:941 BW, de verzekeringnemer verplicht is zijn medewerking te verlenen aan de vaststelling van zijn recht op uitkering. Op grond van de polisvoorwaarden van Nationale-Nederlanden (artikel 13 PV) is hij bovendien gehouden zich aan onderzoek door een deskundige te onderwerpen. Ook zonder laatstgenoemd beding heeft de verzekeraar het recht bewijs te leveren voor zijn positie.

7.53. Verder is het mijns inziens geen gegeven dat de verzekeringnemer er nadeel van ondervindt dat er, indien hij de vaststelling van de verzekeraar aanvecht, reeds een "eenzijdig" deskundigenrapport bestaat dat vervolgens steeds tot uitgangspunt blijft strekken. Komt het tot een procedure bij de rechter, dan hebben reeds opgestelde deskundigenrapporten ingevolge de hoofdregel van art. 152 lid 2 Rv vrije bewijskracht. Artikel 14 PV houdt immers niet in dat de partijen gebonden zijn aan de oordelen van de deskundigen (maar slechts dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt op basis van die oordelen). Art. 152 lid 2 Rv biedt de rechter de ruimte om bezwaren van de verzekeringnemer tegen reeds bestaande deskundigenrapporten, waaronder bezwaren tegen de persoon van de deskundige, mee te wegen.²⁵⁸

7.54. Ik kom dus tot een andere slotsom dan het hof Arnhem-Leeuwarden en de rechtbank Rotterdam in eerdere zaken over vergelijkbare bedingen. Die andere uitkomst wordt naar mijn mening vooral hierdoor verklaard, dat er in bedoelde uitspraken vanuit werd gegaan dat de verzekeraar op grond van het beding eenzijdig de mate van arbeidsongeschiktheid kan bepalen, in wezen een partijbeslissing, welke vaststelling in het licht van art. 7:904 lid 1 BW door de rechter alleen marginaal getoetst wordt.²⁵⁹ Volgens mij is in het geval van artikel 14 PV van een eenzijdige vaststelling in de zin van art. 7:900 BW, en daarmee van een marginale toetsing in het licht van art. 7:904 lid 1 BW, echter geen sprake.

7.55. Slotsom. Hoewel dus serietze vraagtekens te plaatsen zijn bij de eenzijdige wijze van schadevaststelling bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen waarin artikel 14 PV voorziet, ben ik er niet van overtuigd dat deze bepaling een oneerlijk beding oplevert, in die zin dat de verzekeringnemer zonder het beding in een (aanzienlijk) gunstiger positie zou verkeren. Daarbij dient te worden bedacht dat de vraag die voorligt niet is of er een eerlijker of redelijker beding mogelijk is. Aan de orde is niet of de verzekeringnemer in een ongunstiger positie verkeert ten opzichte van een betere of wellicht ideale situatie (één waarin betrokkene inspraak heeft bij de benoeming van een deskundige en de vraagstelling bijvoorbeeld), maar of hij in een zodanig ongunstiger positie verkeert ten opzichte van het geldende recht dat rechterlijk ingrijpen noodzakelijk is. Wat mij betreft is dat uiteindelijk, alles afwegende, niet het geval.

7.56. Ik kan mij zeer wel voorstellen, en zou het ook wenselijk vinden, dat verbetering wordt gerealiseerd aan het front van de wijze waarop claims door arbeidsongeschiktheidsverzekeraars worden behandeld, maar het kader van een rechterlijke oneerlijkheidstoetsing na een beroep op Richtlijn 93/13/EEG is hiervoor niet het geëigende middel. Uiteindelijk is het niet aan de rechter om "redelijker" of "eerlijker" bedingen te construeren. De Richtlijn biedt bescherming tegen (in verhouding tot het geldende recht) zeer nadelige bedingen. Voor artikel 14 PV geldt weliswaar dat vriendelijker alternatieven vanuit het perspectief van de verzekerde denkbaar zijn en ook (mij) wenselijk voorkomen, maar daarmee is het nog niet een voorbeeld van een zodanig nadelig beding dat het door rechterlijk ingrijpen moet worden "uitgeschakeld". Wat dit betreft zit ik in de kern op hetzelfde spoor als de Ombudsman en ook Wervelman: het is aan de "branche", aan verzekeraars dus, om deze handschoen op te pakken.

7.57. Kort samengevat luidt het antwoord op vraag 2 – moet artikel 14 PV als oneerlijk worden beschouwd? – dus ontkennend.

8. Vraag 3: het belang van een second opinion

8.1. Vraag 3 houdt in of bij de oneerlijheidsbeoordeling nog van belang kan zijn of de verzekerde recht heeft op een second opinion. Voluit luidt die vraag als volgt:

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?

8.2. De achtergrond van deze vraag is ongetwijfeld dat een eventuele mogelijkheid van een second opinion in positieve zin zou kunnen meewegen, zodat een eventueel door artikel 14 PV veroorzaakt nadeel daardoor zou kunnen worden opgeheven. Hoewel ik, zoals zojuist duidelijk is geworden (randnummer 7.56), van oordeel ben dat artikel 14 PV de oneerlijkhedstoets kan doorstaan, zodat "compensatie" door een eventuele second opinion niet nodig is, zal ik toch op deze vraag ingaan. Niet ondenkbaar is dat Uw Raad anders denkt over de beantwoording van vraag 2.

8.3. In ieder geval is deze kwestie in de feitenrechtspraak aan de orde geweest. Zo beoordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden een beding dat vergelijkbaar is met het onderhavige als oneerlijk. Het hof verwierp daarbij het verweer van de verzekeraar dat de verzekeringnemer recht had op een contra-expertise, nu dat recht en de bijbehorende kostenregeling niet in de verzekeringsvoorwaarden waren opgenomen, zodat de verzekeringnemer dat alles niet kon afdwingen.²⁶⁰ De rechtbank Rotterdam oordeelde in gelijke zin over een soortgelijk beding.²⁶¹

8.4. Deze uitspraken stellen terecht aan de orde, of een (voor de verzekerde) belangrijk punt, in dit geval (het recht op) een second opinion, wel in de verzekeringsvoorwaarden is vastgelegd. Ook in de onderhavige procedure heeft Nationale-Nederlanden aangevoerd dat een dergelijke mogelijkheid bestaat, maar ter onderbouwing alleen op het Protocol 2001 gewezen, waarin de mogelijkheid van een second opinion is opgenomen.²⁶² Opgemerkt moet worden dat het Protocol 2001 niet voorziet in een recht van de verzekeringnemer op een second opinion, maar dat dit alleen als mogelijkheid wordt genoemd. Over een kostenregeling is niets opgenomen.²⁶³ Het Protocol 2016 voorziet wel in een recht op een second opinion:

3.1. Als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar, dan 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.²⁶⁴

8.5. In mijn opvatting waarin artikel 14 PV de oneerlijkhedstoets kan doorstaan, is "compensatie" door een eventuele second opinion niet nodig. Uiteraard is het wel zo dat zo'n mogelijkheid, wat er verder ook zij van de precieze inrichting daarvan (de ene second opinion-optie is de andere niet) de balans nog wat verder laat doorslaan in de richting van "niet oneerlijk". Op een vergelijkbare manier kan voor diegenen die bij vraag 2 op een ander spoor zitten dan ik, de mogelijkheid van een second opinion de balans positief beïnvloeden. Of dat werkelijk het geval is, zal dan wel afhangen van de vraag waarin het oneerlijke van artikel 14 PV dan precies zit, omdat vervolgens de vraag is of de herbeoordelingsmogelijkheid dat nadeel wel (voldoende) compenseert.

8.6. Is dat nadeel bijvoorbeeld dat, zoals hiervoor is aangeduid, de verzekeringnemer geen inspraak heeft gehad bij de benoeming van de eerste deskundige of bij de vraagstelling, dan kan een herbeoordeling door een nieuwe deskundige dat moeilijk repareren. Ik ga er daarbij van uit dat een second opinion alleen inhoudt dat een tweede deskundige de reeds bestaande beoordeling opnieuw beziet. In die situatie wordt bijvoorbeeld niet gecorrigeerd voor een mogelijk gebrek aan "onbevangenheid" of zelfs onpartijdigheid van de eerste deskundige, en evenmin voor bezwaren van de verzekeringnemer tegen de vraagstelling die is voorgelegd. Dit ligt weer anders als onder een second opinion ook wordt begrepen een volledige herbeoordeling door een in samenspraak aangewezen deskundige, die in de plaats treedt van de reeds bestaande deskundigenbeoordeling.²⁶⁵ Dat is echter geen gangbare invulling van het begrip second opinion.

8.7. Overigens zal, als al gewicht wordt toegekend aan het bestaan van een recht op een second opinion, moeten komen vast te staan dat de verzekeringnemer daarop inderdaad een afdwingbaar recht heeft en dat de verzekeringnemer daadwerkelijk op dat recht is gewezen. Het enkele feit dat het recht is opgenomen in een Protocol is daarvoor mijns inziens onvoldoende: verzekeraars zijn hieraan weliswaar gebonden,²⁶⁶ maar niet is gesteld of gebleken dat verzekeringnemers ook (voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst) van dat Protocol op de hoogte worden gesteld.

8.8. Afgezien van de zojuist al aangestipte punten, ten eerste dat "herbeoordeling" diverse, voor de verzekerde meer en minder vriendelijke, vormen kan hebben en ten tweede dat de aanspraak op herbeoordeling in meer of minder "softe" vorm (van coullance tot afdwingbare aanspraak) kan worden geboden, zie ik geen aanleiding voor het aanwijzen en bespreken van andere aandachtspunten in het kader van vraag 3.

8.9. De slotsom luidt als volgt. Vraag 3 kan zo worden begrepen, dat deze inhoudt of de mogelijkheid van een second opinion van doorslaggevend belang kan zijn bij de oneerlijheidsbeoordeling. Nu artikel 14 PV die beoordeling volgens mij ook zonder de inachtneming van de mogelijkheid van een second opinion kan doorstaan, luidt het antwoord op vraag 3 dat deze omstandigheid niet zonder belang is bij de beoordeling van het onderhavige beding, maar wat mij betreft geen doorslaggevende betekenis heeft.

9. Vraag 4 en 5: bewijsrechtelijke consequenties van vernietiging

9.1. De vierde en vijfde prejudiciële vragen die de rechtbank ter beantwoording heeft voorgelegd, luiden als volgt:

Indien artikel 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, heeft de rechtbank nog de navolgende vragen:

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 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?

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?

9.2. Deze vragen veronderstellen een positieve beantwoording van vraag 2 (al dan niet na meewegen van factoren als genoemd in het kader van vraag 3). In mijn

opvatting zouden we dan strikt genomen niet aan beantwoording hoeven toekomen. Voor het geval Uw Raad een ander oordeel over de oneerlijkheid van artikel 14 PV zou zijn toegegaan, zal ik er toch op ingaan.

9.3. Indien artikel 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, bepaalt art. 6 van de Richtlijn dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat het nationale recht inhoudt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden (in zoverre gaat het hier dus om een vraag van nationaal recht).²⁶⁷ In het Nederlandse recht moet een richtlijnconforme toepassing van de sanctie van vernietiging ex art. 6:233 onder a BW daarin voorzien (hiervoor randnummer 5.34). Het oneerlijke beding dient uiteindelijk dus als ongeschreven te worden beschouwd. De vraag is dan: als er verder niets door partijen is overeengekomen over de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid, hoe dient de mate van arbeidsongeschiktheid dan te worden vastgesteld? Hiervoor is al aan de orde geweest dat in een dergelijk geval het initiatief in verband met de bewijslast ex art. 150 Rv bij de verzekeringnemer ligt (hiervoor randnummer 7.26). De verzekeraar kan en mag uiteraard tegenbewijs leveren, en van de verzekeringnemer kan verlangd worden dat hij zich binnen redelijke grenzen door deskundigen van de verzekeraar laat onderzoeken.

9.4. De volgende vraag is dan of een verzekeraar in een gerechtelijke procedure een beroep kan doen op rapportages die reeds op grond van artikel 14 PV, en daarmee dan veronderstellenderwijs op grond van een oneerlijk beding, tot stand zijn gekomen.

9.5. Mijns inziens heeft het aanmerken van artikel 14 PV als een oneerlijk beding niet tot gevolg dat aan de rapportages, die op basis van dat artikel tot stand zijn gekomen, geen enkele betekenis meer zou kunnen toekomen. In het kader van de Richtlijn zal de rechter de vernietigingssanctie richtlijnconform moeten toepassen; hij kan de gevolgen van de vernietiging dus niet beperken voor zover dat afbreuk zou doen aan de doelstelling van de Richtlijn, die inhoudt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Het aanmerken van artikel 14 PV als oneerlijk beding heeft tot gevolg dat het betreffende artikel buiten beschouwing dient te blijven. De vraag is wat de precieze consequenties daarvan zijn. Mij lijkt dat de verzekeringnemer, door de vernietiging van artikel 14 PV in elk geval niet gebonden is aan de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid door de verzekeraar op basis van de eenzijdig gemaakte rapportages. Zijn er verder nog consequenties?

9.6. In de literatuur is opgemerkt dat het gevolg van het aanmerken van een dergelijke bepaling als oneerlijk beding zou kunnen zijn dat de betreffende rapportages onrechtmatig zouden zijn verkregen en als zodanig van het bewijs zouden moeten worden uitgesloten.²⁶⁸ Het enkele wegvallen van artikel 14 PV betekent echter niet dat reeds opgestelde deskundigenrapporten onrechtmatig zijn verkregen; artikel 13 PV en art. 7:941 BW bieden daarvoor immers op zichzelf een grondslag. Bovendien geldt dat in een civiel geding onrechtmatig verkregen bewijs kan worden gebruikt. Uw Raad heeft in dat kader overwogen dat de omstandigheid dat bewijs onrechtmatig is verkregen, niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat het gebruik van het bewijs ook onrechtmatig is en dat er door een rechter geen acht mag worden geslagen op het bewijs.²⁶⁹ In beginsel wegen het algemene 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.²⁷⁰ Het aanmerken van een beding als het onderhavige als oneerlijk levert naar mijn mening niet zodanige bijkomende omstandigheden op.

9.7. In een gerechtelijke procedure zou een verzekeraar de betreffende rapportages in het geding kunnen brengen als zijnde een partijexpertise om zo tegenbewijs te leveren ten aanzien van de standpunten van de verzekerde (op wie immers in beginsel ex art. 150 Rv de stelplicht en de bewijslast rust). De deskundigen die de betreffende rapportages hebben voortgebracht, dienen alsdan te worden aangeduid als door de verzekeraar aangezochte partijdeskundigen. De rapportage van een door een partij aangezochte deskundige heeft vrije bewijskracht. De overtuigende kracht van dergelijke rapportages van een door een partij aangezochte deskundige zal minder zijn dan een deskundigenbericht dat tot stand is gekomen met toepassing van de regeling van art. 194 e.v. Rv. Het onderscheid is voornamelijk gelegen in de objectiviteit van de (formulering van de) voorgelegde vragen. De rechter kan oordelen dat het rapport van een partijdeskundige niet als een onafhankelijk deskundigenrapport geldt, zeker wanneer het rapport zowel wat betreft de inhoud als de wijze van totstandkoming ervan, gemotiveerd door de wederpartij is betwist.²⁷¹ In dat geval heeft hij de ruimte om daaraan, met toepassing van art. 152 Rv, geen of beperkte bewijskracht toe te kennen. Op die manier wordt gecompenseerd voor een eventueel gebrek aan objectiviteit van de aangezochte deskundige; daarvoor is niet nodig dat reeds bestaande deskundigenrapporten bij voorbaat geheel van het bewijs worden uitgesloten.

9.8. Dit is ook de aanpak die werd gevolgd door de feitenrechters die in eerdere procedures over gelijksoortige bedingen als het onderhavige tot het oordeel kwamen dat sprake was van een oneerlijk beding. De rechtbank Rotterdam overwoog dat de reeds opgemaakte rapporten hadden te gelden als niet op verzoek van beide partijen tot stand gekomen, zodat partijen daaraan niet waren gebonden. In het licht van de bezwaren van de verzekeringnemer tegen het reeds bestaande rapport werd een nieuwe deskundige benoemd.²⁷² Het hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat een reeds tot stand gekomen rapport van de medisch deskundige als uitgangspunt kon gelden, omdat de verzekeringnemer daartegen geen bezwaren had. De overige rapporten van de verzekeringsarts en de arbeidsdeskundige werden echter, in het licht van concrete bezwaren van de verzekeringnemer, beoordeeld als ongeschikt voor het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid. Ook in deze zaak werd een nieuwe deskundige benoemd.²⁷³ Dat lijkt mij een juiste benadering. Ik benadruk daarbij dat, zoals hiervoor is toegelicht (randnummers 7.28 e.v.), de rechter ook rekening kan houden met bezwaren van de verzekeringnemer tegen reeds bestaande rapportages zonder dat het daaraan ten grondslag liggende beding eerst als oneerlijk wordt beoordeeld.

9.9. De vierde prejudiciële vraag kan dus, kort samengevat, bevestigend beantwoord worden: reeds tot stand gekomen rapportages blijven niet zonder meer buiten beeld, maar kunnen, dat wil zeggen mogen, een rol spelen in het verdere verloop van de procedure.

9.10. De rechtbank heeft verder nog een aantal omstandigheden benoemd, en gevraagd of zij van invloed kunnen zijn op het antwoord op vraag 4. De vraag is of een rol kan spelen dat:

- 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?

9.11. Als gezegd kan bewijs slechts onder uitzonderlijke omstandigheden als onrechtmatig verkregen worden uitgesloten, bijvoorbeeld als het is verkregen ten koste van een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene (hiervoor randnummer 9.5). De genoemde omstandigheden leveren geen uitzonderlijke omstandigheden op, die tot uitsluiting van de rapportages (en daarmee tot een nadere specificering van of zelfs tot een uitzondering op het antwoord op vraag 4) moeten leiden. Ook hier zij echter benadrukt dat de rechter bij zijn waardering van reeds opgemaakte rapporten acht kan slaan op bezwaren van de verzekeringnemer tegen het rapport of de wijze van totstandkoming. Elk van de genoemde omstandigheden kan daarbij in de rechterlijke waardering worden betrokken.

9.12. Vraag 5, ten slotte, stelt aan de orde of een door de rechter benoemde deskundige kennis mag nemen van op grond van artikel 14 PV tot stand gekomen rapportages. Hiervoor is in het kader van vraag 4 overwogen dat reeds bestaande rapportages een rol mogen spelen in de besluitvorming door de rechter. Een door de rechter benoemde deskundige zal moeten beschikken over alle feiten die op zijn vakgebied liggen en die tussen partijen in geschil zijn. Hiermee zou 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.²⁷⁴ 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 moet worden gesteld om een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.²⁷⁵ Voor zover vrees bestaat dat de deskundige zich door de eerdere rapporten zou laten beïnvloeden, geldt dat hij op grond van art. 198 lid 1 Rv gehouden is zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te verrichten. Deze verplichting vormt een voldoende waarborg tegen eventuele beïnvloeding.

9.13. Het antwoord op vraag 5 luidt dus bevestigend.

10. Beantwoording van de prejudiciële vragen

10.1. De prejudiciële vragen zou ik als volgt willen beantwoorden.

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?

Antwoord:

a. van belang is in de eerste plaats of de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is. Is de verzekeringnemer een rechtspersoon, dan is de Richtlijn niet van toepassing.

b. Is de verzekeringnemer een natuurlijk persoon, dan zal in de tweede plaats aan de hand van de verzekeringsvoorwaarden moeten worden bepaald of hij de verzekering heeft afgesloten voor een doel dat buiten zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening is gelegen. Dat is mijns inziens 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

c. Wie feitelijk de premie betaalt, is zonder belang.

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?

Antwoord: het antwoord luidt voor beide elementen ontkennend.

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?

Antwoord: Deze vraag wordt zo begrepen, dat deze inhoudt of de mogelijkheid van een second opinion van doorslaggevend belang kan zijn bij de oneerlijkhedsbeoordeling. Nu artikel 14 PV die beoordeling volgens mij ook zonder de inachtneming van de mogelijkheid van een second opinion kan doorstaan, luidt het antwoord op vraag 3 dat deze omstandigheid weliswaar niet zonder belang is bij de beoordeling van het onderhavige beding, maar dat zij wat mij betreft geen doorslaggevende betekenis heeft.

Indien artikel 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, heeft de rechtbank nog de navolgende vragen:

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 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?

Antwoord (in geval van een eventuele bevestigende beantwoording van vraag 2): reeds tot stand gekomen rapportages mogen, als verklaringen van een partijdeskundige, een rol spelen in het verdere verloop van de procedure.

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?

Antwoord (in geval van eventuele bevestigende beantwoording van vraag 2): het antwoord luidt bevestigend.

11. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals hiervoor (randnummer 10.1) is weergegeven.

HOGE RAAD

1. Het geding in feitelijke instantie

(...; red.)

2. De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd tussenvonnissen heeft de rechtbank op de voet van art. 392 Rv de in rov. 2.4 en 2.5 van dat vonnis vermelde vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend en op elkaars schriftelijke opmerkingen gereageerd.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals in de conclusie onder 10.1 vermeld.

De advocaten van partijen hebben ieder schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) [eiser] heeft in 2001 bij Nationale-Nederlanden een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten (AOV-verzekering zelfstandigen). Het polisblad vermeldt als verzekerd beroep: “consultant commercieel/administratief werkzaam”.

(ii) In art. 5 van de toepasselijke polisvoorwaarden is voor zover van belang bepaald:

“Artikel 5 Arbeidsongeschiktheid

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 beroepsbezigdheden die in de regel en 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 luidt:

“Artikel 14 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.”

(iii) [eiser] heeft zich in 2007 bij Nationale-Nederlanden arbeidsongeschikt gemeld. Een psycholoog heeft vastgesteld dat [eiser] kampt met vermoeidheidsklachten als gevolg van langdurige overbelasting, en de diagnose “aanpassingsstoornis, niet gespecificeerd (burn-out)” gesteld. [eiser] is daarop ingedeeld in de arbeidsongeschiktheidsklasse 80-100%.

(iv) In de daarop volgende jaren heeft [eiser], tot eind 2013, van Nationale-Nederlanden uitkeringen op basis van steeds wisselende arbeidsongeschiktheidspercentages ontvangen.

(v) Uiteindelijk is de uitkering door Nationale-Nederlanden per 31 december 2013 geheel gestaakt, omdat volgens haar per die datum de arbeidsongeschiktheid minder dan 25% bedraagt.

(vi) Medio 2014 heeft [eiser] zich opnieuw arbeidsongeschikt gemeld. Na diverse onderzoeken is vastgesteld dat [eiser] lijdt aan sarcoïdose en hemochromatose, welke aandoeningen kunnen leiden tot chronische vermoeidheid.

(vii) Bij brief van 7 oktober 2015 heeft Nationale-Nederlanden op basis van een nieuwe arbeidsdeskundige rapportage aan [eiser] laten weten dat hij voor minder dan 25% arbeidsongeschikt wordt geacht en dat de uitkering niet zal worden hervat.

3.2.1. In dit geding vordert [eiser] een verklaring voor recht dat hij vanaf 24 oktober 2007 volledig arbeidsongeschikt moet worden geacht, en veroordeling van Nationale-Nederlanden tot uitkering uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering met ingang van die datum, op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Subsidiair vordert [eiser] benoeming van een gerechtelijk deskundige om de mate van arbeidsongeschiktheid per die datum vast te stellen.

3.2.2. [eiser] stelt zich primair op het standpunt dat uit de overgelegde behandelinformatie blijkt dat hij sinds 2007 onafgebroken arbeidsongeschikt is. Hij lijdt aan sarcoïdose en hemochromatose en is daardoor ernstig chronisch vermoeid, wat het volgens hem geheel onmogelijk maakt zijn consultantswerkzaamheden te verrichten. Subsidiair betoogt [eiser] dat de op verzoek van Nationale-Nederlanden opgemaakte rapportages buiten beschouwing moeten blijven, nu die eenzijdig zijn opgesteld, zonder dat daarover met hem is overlegd. Art. 14 van de polisvoorwaarden, waarin is bepaald dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt aan de hand van door haar aan te wijzen medische en andere deskundigen, is een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13 en daarom vernietigbaar, aldus [eiser].

3.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat geen grond bestaat voor toewijzing van de vorderingen van [eiser] voor zover die zien op de periode tot 31 december 2013, omdat het dossier geen aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat hij in die periode volledig arbeidsongeschikt was.

Wat betreft de periode vanaf 2014 is de rechtbank van oordeel dat niet reeds op basis van de medische behandelinformatie kan worden vastgesteld dat sprake is volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis.

In verband met de stelling van [eiser] dat art. 14 van de polisvoorwaarden een oneerlijk beding is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PbEU 1993, L 95/29; hierna: Richtlijn 93/13) en dat de met toepassing van die bepaling opgemaakte rapportages buiten beschouwing moeten worden gelaten, heeft de rechtbank de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

“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?

Indien artikel 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, heeft de rechtbank nog de navolgende vragen:

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 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?
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?"

De eerste prejudiciële vraag

3.4.1. Richtlijn 93/13 is alleen van toepassing op overeenkomsten met consumenten. Voor de beoordeling van het beroep van [eiser] op de richtlijn moet dus eerst worden beoordeeld of hij met betrekking tot de door hem met Nationale-Nederlanden gesloten overeenkomst kan worden beschouwd als consument in de zin van die richtlijn.

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.

3.4.2. 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 (Tarcau), punt 27, en HvJEU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 ((Dumitras), punt 32). Mede gelet op de verwijzing naar het arrest Costea in de beschikking in de zaak Tarcau, 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.

3.4.3. In een geval als dat waarop de prejudiciële vragen betrekking hebben gaat het om een natuurlijke persoon die als zelfstandig ondernemer een beroep of bedrijf uitoefent en een verzekering afsluit met het doel om, ingeval hij dat beroep of bedrijf door gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid niet of slechts beperkt kan uitoefenen, met een uitkering uit hoofde van die verzekering in vervangend inkomen te voorzien. Aldus maakt de verzekering geen deel uit van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de ondernemer en wordt deze verzekering ook niet ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsactiviteit afgesloten. 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. In een dergelijk geval is de betrokkene de overeenkomst dan ook als consument aangegaan. Daarbij is niet van belang of zijn verplichting om als verzekeringnemer premie te betalen, feitelijk door een derde wordt nagekomen.

Kernbeding?

3.5.1. In de door de rechtbank gestelde vragen 2-5 ligt de veronderstelling besloten dat art. 14 van de polisvoorwaarden (hierna ook: het beding) geen kernbeding inhoudt als bedoeld in art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13 en art. 6:231, aanhef en onder a, BW, zodat het beding niet om die reden is uitgezonderd van een beoordeling op oneerlijkheid. Nationale-Nederlanden stelt zich echter op het standpunt dat het wel om een kernbeding gaat. Aangezien een antwoord op de prejudiciële vragen slechts van belang is voor de beslissing van deze zaak indien het beding niet kan worden aangemerkt als een kernbeding, wordt daarover het volgende overwogen.

3.5.2. Art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13 bepaalt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch 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. Art. 6:231, onder a, BW definieert dergelijke bepalingen als bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd ("kernbedingen").

3.5.3. Het begrip kernbeding moet blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 6:231 BW zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (zie onder meer HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567, rov. 3.4.2).

3.5.4. Met betrekking tot verzekeringsovereenkomsten is de wetgever van mening dat bedingen ter bepaling van de omvang van de dekking als kernbeding moeten worden aangemerkt. Dat betekent echter niet dat alle polisvoorwaarden kernbedingen zijn. (Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521 (MvT Inv.) en p. 1527 (MvA II Inv.)) Uit Richtlijn 93/13 volgt niet iets anders: in de considerans wordt overwogen dat bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, geen onderwerp van toetsing behoren te zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie. Hieruit volgt niet dat, zoals Nationale-Nederlanden betoogt, alle bedingen die op enigerlei wijze van invloed kunnen zijn op de omvang van de premie, als kernbeding moeten worden aangemerkt en daarom van toetsing op oneerlijkheid zijn uitgesloten.

Dat zou bovendien tot gevolg hebben dat de op een verzekeringsovereenkomst toepasselijke polisvoorwaarden grotendeels van toetsing zouden zijn uitgesloten, wat de doeltreffendheid van Richtlijn 93/13 ten aanzien van dit soort overeenkomsten zou ondermijnen.

3.5.5. In het licht van het voorgaande kan het beding (ongeacht de precieze strekking ervan, zie hierna in 3.7.2 e.v.) niet als kernbeding worden aangemerkt. Het beding gaat over de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis en is geen beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijft of afbakt. Ook kan niet worden gezegd dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zonder het beding onvoldoende bepaalbaar zouden zijn. De wijze van vaststelling van de gestelde arbeidsongeschiktheid zou dan immers door de toepasselijke wettelijke regels worden bepaald (zie hierna in 3.8.5 en 3.8.6).

De tweede en derde prejudiciële vraag

3.6. De tweede prejudiciële vraag stelt aan de orde of art. 14 van de polisvoorwaarden voor consumenten een oneerlijk beding is in de zin van Richtlijn 93/13, 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. De derde vraag luidt of daarbij van belang is 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, en welke andere feitelijke omstandigheden een rol kunnen spelen. Deze vragen lenen zich voor gezamenlijke beantwoording.

Uitleg van het beding

3.7.1. Voordat kan worden beoordeeld of het beding oneerlijk is, moet wordt vastgesteld wat de betekenis ervan is. Hoewel uitleg van contractuele bedingen in beginsel behoort tot het domein van de rechter die over de feiten oordeelt, moet, nu de rechtbank de betekenis van het beding nog niet heeft vastgesteld, met het oog op de beantwoording van de prejudiciële vraag of het beding oneerlijk is, worden onderzocht welke uitleg het meest aannemelijk voorkomt.

3.7.2. Zoals hiervoor in 3.1 onder (ii) is vermeld, luidt het beding als volgt:

“Artikel 14 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.”

3.7.3. Nationale-Nederlanden betoogt dat de in het beding vormgegeven procedure slechts leidt tot een standpuntbepaling harerzijds en niet tot een vaststellings- of bewijsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW.

De bezwaartermijn die in de laatste zin van het beding is opgenomen, is volgens Nationale-Nederlanden bovendien geen vervalttermijn. Dat betekent volgens haar dat wanneer de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken, bij de verzekerde het initiatief komt te liggen om aan te tonen dat het standpunt van de verzekeraar ter zake van de mate van arbeidsongeschiktheid onjuist is. Nationale-Nederlanden heeft deze uitleg onderbouwd door te verwijzen naar toepasselijke protocollen van het Verbond van Verzekeraars. Namens [eiser] wordt die uitleg betwist: volgens hem verschiet “het standpunt” van kleur na ommekeer van de korte verval- of protesttermijn, waarna de verzekerde wordt geacht voor eens en voor altijd met het standpunt te hebben ingestemd.

3.7.4. De tekst van het beding geeft geen uitsluitel over de betekenis ervan. Immers, daarin worden zowel de woorden “vastgesteld”, respectievelijk “vaststelling” gebruikt, als het woord “standpunt”. Daarnaast is niet duidelijk wat de strekking is van de aan het slot vermelde bezwaartermijn, respectievelijk de veronderstelde acceptatie bij het ongebruikt laten verstrijken daarvan. Als geheel gelezen roept het beding daarmee de vraag op of de verzekeringnemer nog een mogelijkheid heeft om de beoordeling van zijn claim door de verzekeraar te bestrijden indien hij de termijn van 30 dagen niet heeft benut.

3.7.5. 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. (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 en HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601.)

3.7.6. In het Protocol bij claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (2016) van het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Protocol), dat bindend is voor de leden van het Verbond (waaronder Nationale-Nederlanden), is met betrekking tot de behandeling van een claim, 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 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.

Eerdere versies wijken op deze punten niet substantieel af van het Protocol.

3.7.7. De inhoud van het Protocol en inachtneming van de *contra proferentem*-regel (zie hiervoor in 3.7.5) brengen mee dat de Hoge Raad voor de beantwoording van de prejudiciële vragen ervan uit zal gaan dat het beding de betekenis heeft die Nationale-Nederlanden daaraan geeft (zie hiervoor in 3.7.3), te weten: de in de eerste zin daarvan beschreven procedure leidt tot een standpunt van de verzekeraar waartegen de verzekerde bezwaar kan maken en dat hij (al dan niet na onderzoek door een door hemzelf ingeschakelde deskundige) ter beoordeling kan voorleggen aan een klachtencommissie of de rechter, ook indien hij de in het beding genoemde bezwaartermijn niet heeft benut. Deze uitleg strookt ook met art. 18 van de polisvoorwaarden, waarin is bepaald dat (onder meer) bij definitieve afwijzing van een schade, de verzekerde dit standpunt kan aanvechten binnen één jaar nadat hij hiervan op de hoogte is gesteld, en dat na dit jaar ieder recht ten opzichte van de verzekeraar ter zake van die periode van arbeidsongeschiktheid dan wel gebeurtenis vervalst. Bij deze uitleg is het doel van de slotzin van art. 14 kennelijk geen ander dan het bevorderen van een voortvarende afhandeling van de claim, zonder dat aan het niet benutten van die termijn een sanctie is verbonden. Het beding heeft dan in zoverre dus geen betekenis voor de rechtspositie van de verzekerde.

Is het beding oneerlijk?

3.8.1. Op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13 wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13 bepaalt dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

3.8.2. Om te bepalen of een beding een “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke uit het geldende nationale recht voortvloeit. Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan al volgen uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien. (Zie onder meer HvJEU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374 (Aziz), punt 68, en HvJEU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, NJ 2014/247 (Constructora Principado), punten 22 en 23.)

3.8.3. Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een aanzienlijke verstoring van het evenwicht “in strijd met de goede trouw” wordt veroorzaakt, dient de nationale rechter na te gaan of de verkoper redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld (zie onder meer het hiervoor in 3.8.2 genoemde arrest in de zaak Aziz, punt 69).

3.8.4. Zoals hiervoor in 3.7.7 is overwogen, moet voor de beantwoording van de prejudiciële vragen 2 en 3 ervan worden uitgegaan dat het beding aldus moet worden uitgelegd dat de in de eerste zin daarvan beschreven procedure leidt tot een standpunt van de verzekeraar waartegen de verzekerde bezwaar kan maken en dat de verzekerde (al dan niet na onderzoek door een door hemzelf ingeschakelde deskundige) ter beoordeling kan voorleggen aan een klachtencommissie of de rechter, ook indien hij de in het beding genoemde bezwaartermijn niet heeft benut. Aldus uitgelegd komt aan de bezwaartermijn geen afzonderlijke betekenis toe. Wat betreft de beoordeling op oneerlijkheid komt het daarmee aan op de bepaling dat de verzekeraar de medische en andere deskundigen aanwijst en aan de hand van de door deze verschaftte gegevens de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, vaststelt.

3.8.5. Zoals volgt uit de hiervoor in 3.8.2 weergegeven rechtspraak van het HvJEU, moet om te beginnen worden vastgesteld wat zou gelden indien het beding niet zou zijn overeengekomen.

Daartoe is allereerst van belang dat het – de polisvoorwaarden weggedacht – volgens de hoofdregel van art. 150 Rv aan de verzekerde is te bewijzen dat hij arbeidsongeschikt is in de zin van de verzekeringsovereenkomst en in welke mate. Indien hij daartoe een deskundige inschakelt, draagt hij – behalve wanneer hij uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst recht heeft op vergoeding daarvan – zelf de daaraan verbonden kosten. Als de verzekeraar het standpunt van de verzekerde betwist, kan de rechter een deskundige benoemen. Daarbij heeft de verzekerde inspraak bij de aanwijzing van de deskundige en de aan deze te stellen vragen.

Daarnaast is van belang dat de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde op grond van art. 7:941 lid 2 BW verplicht zijn binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Dit kan meebrengen dat de verzekerde dient mee te werken aan een door de verzekeraar wenselijk geacht onderzoek. Als de verzekerde de verplichting van art. 7:941 lid 2 BW niet nakomt, kan de verzekeraar daaraan onder omstandigheden sancties verbinden (art. 7:941 lid 3 en 4 BW).

3.8.6. 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, bij een uitleg van het beding zoals hiervoor in 3.7.7 vermeld, 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.

3.8.7. Hoewel twijfel kan bestaan over de wenselijkheid van het gebrek aan inspraak bij de aanwijzing van de deskundige(n) en de aan deze(n) te stellen vragen (zie de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 7.30-7.33 weergegeven bezwaren en overwegingen van de Ombudsman Financiële Dienstverlening de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Kifid en de Tuchtraad Financiële Dienstverlening), kan, in het licht van hetgeen hiervoor in 3.8.5 en 3.8.6 is overwogen, niet worden geconcludeerd dat het beding een “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt als hiervoor in 3.8.2 bedoeld. Het beding uitgelegd als hiervoor in 3.7.7 vermeld, is dan ook niet oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13.

3.8.8. Zoals blijkt uit het voorgaande luidt het antwoord op de tweede vraag ontkennend. Het antwoord op de derde vraag, welke gezichtspunten en omstandigheden bij de beantwoording van de tweede vraag in aanmerking zijn genomen, ligt hierin besloten.

De overige vragen

3.9. Gelet op het ontkennende antwoord op de tweede vraag, behoeven de vierde en vijfde vraag geen beantwoording.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor in 3.4.3, 3.8.7 en 3.8.8 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,= aan de zijde van [eiser] en op € 1.800,= aan de zijde van Nationale-Nederlanden.

De Hoge Raad heeft met dit arrest een einde gemaakt aan een reeds jarenlang voortdurende discussie over de uitleg van een alleszins gebruikelijke bepaling in particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die inhoudt dat de verzekeraar het recht heeft om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen aan de hand van door haar aan te wijzen deskundigen. Ik acht het dan ook, alleen al uit oogpunt van rechtszekerheid, een verstandige keuze van de Rechtbank Den Haag om de Hoge Raad daarover prejudiciële vragen te stellen. Dat die beslissing nuttig was blijkt ook wel uit de vele tientallen pagina's tellende Conclusie van A-G Hartlief van 6 juli 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:788). Zowel in, als buiten rechte hebben arbeidsongeschiktheidsverzekeraars en de belangenbehartigers van hun verzekerden jarenlang gediscussieerd over het antwoord op de vragen waarover de Hoge Raad thans heeft geoordeeld. Dat biedt duidelijkheid en brengt partijen dan ook gelukkig verder ten aanzien van hetgeen zij met deze polisvoorwaarde contractueel met elkaar zijn overeengekomen: het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid teneinde te kunnen bepalen of, en zo ja in hoeverre, een verzekerde recht heeft op uitkering krachtens de polis.

In het oog springend is wat mij betreft allereerst de aandacht die A-G Hartlief heeft gevraagd voor de begrenzing van het consumentenrecht. Voor de toepasselijkheid van de Richtlijn 93/13/EEG is primair vereist dat degene die de verzekeringsovereenkomst aangaat dat als consument heeft gedaan. Verzekeringnemer moet dus consument zijn. Een rechtspersoon kan niet als consument worden beschouwd. Dat betekent dus dat de Richtlijn buiten toepassing blijft indien de arbeidsongeschiktheidsverzekering is aangegaan door een rechtspersoon. Dat de verzekerde dan eventueel een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf maakt geen verschil. Ofschoon de meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen niet door een rechtspersoon worden aangegaan, is dit aspect toch van belang, al was het maar omwille van de duidelijkheid. De Hoge Raad heeft bovendien helder gemaakt dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering geen deel uitmaakt van het beroep of bedrijf van de ondernemer en deze verzekering ook niet ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsactiviteit wordt afgesloten.

Dat de Hoge Raad zich voorts op het standpunt heeft gesteld dat de polisvoorwaarde geen kernbeding is, verrast op zichzelf niet. De bepaling regelt de wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Dat is op zichzelf een belangrijke bepaling, maar deze ziet niet op de essentialia van hetgeen partijen met elkaar hebben afgesproken, zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen niet tot stand komt. De Rechtbank Rotterdam overwoog dat eerder in zijn vonnis van 23 november 2016, «JA» 2017/60, m.nt. EJW. Dat ligt anders ten aanzien van de polisvoorwaarde die invulling geeft aan het begrip "arbeidsongeschiktheid". De vaststelling van dat begrip moet gerekend worden tot de kernbedingen (vgl. Hof van Justitie EU 23 april 2015, *RAV* 2015/70). In zijn arrest van 31 oktober 2017 betitelde het Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2017:4417) de polisvoorwaarde waarin was bepaald dat een verzekerde alleen een beroep kon doen op de arbeidsongeschiktheidsverzekering indien hij in Nederland woonde en werkte niet tot een kernbeding (maar wel onredelijk bezwarend).

Het antwoord van de Hoge Raad op de vraag naar de oneerlijkheid van het beding lag minder voor de hand. In navolging van de Conclusie van A-G Hartlief heeft ook de Hoge Raad duidelijk met dit vraagstuk geworsteld in zijn besluitvorming. Mij dunkt dat daarmee opnieuw de importantie van de prejudiciële vragen is gegeven. In alle arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die in Nederland in omloop zijn is bepaald dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt aan de hand van door haar benoemde deskundigen, of woorden van gelijke strekking. De polisvoorwaarden die inzet vormden van dit geding voegden daar nog aan toe dat de verzekerde die tegen die vaststelling geen bezwaar had aangetekend binnen 30 dagen geacht werd het standpunt van de verzekeraar te aanvaarden.

Het vertrekpunt van deze discussie wordt gevormd door het tussenarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:2316). Bij wijze van voorlopig tussenoordeel achtte het hof de polisvoorwaarde waarin de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelde aan de hand van rapportages van door haar aan te wijzen deskundigen oneerlijk in de zin van de Richtlijn. Daartoe overwoog hij dat deze bepaling "op het eerste gezicht" het evenwicht ten nadele van de verzekeringnemer aanzienlijk verstoort. Meer of anders overwoog het hof in dat tussenarrest te dien aanzien niet. Ik stip dit oordeel aan, omdat in die bewuste polisvoorwaarde geen bezwaartermijn was opgenomen en evenmin was bepaald dat bij gebreke van bezwaar het standpunt van de verzekeraar geacht werd te zijn aanvaard. De vraag rijst dan ook waardoor de Hoge Raad een volkomen tegengesteld oordeel over dezelfde polisvoorwaarde heeft geveld. En dat terwijl de lagere rechtspraak in Nederland zich juist achter de opvatting heeft geschaard van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016. In feite heeft de Hoge Raad de lagere rechtspraak teruggefloten.

In de kern komt het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen erop neer dat hij, anders dan de lagere rechtspraak, van oordeel is dat geen sprake is van een partijbeslissing door de verzekeraar, maar van een "standpunt". Juridisch is dat onderscheid van groot belang. In die zin wekt het uiteindelijk dan ook niet direct verbazing dat de Hoge Raad – vanuit zijn andere vertrekpunt – tot het oordeel komt dat geen sprake is van een oneerlijk beding. Een ander groot verschil in de beoordeling ligt in het feit dat het Hof Arnhem-Leeuwarden er geen enkele aandacht aan heeft geschonken dat bij de beantwoording van de vraag of het beding oneerlijk is met name rekening moet worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. A-G Hartlief wijst hier met recht op in zijn Conclusie (r.o. 5.22). Dit wettelijke onderdeel de al dan niet bestaande "oneerlijkheid" ontbreekt ook in de vonnissen van de Rechtbank Gelderland van 27 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4961 (vgl. ook: Rb. Gelderland 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736) en Rechtbank Rotterdam 23 november 2016, «JA» 2017/60, m.nt. EJW.

De Hoge Raad overweegt voorts in navolging op zijn arrest uit 1995 dat de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan en de mate van arbeidsongeschiktheid op verzekerde rust (vgl. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 350). Het beding weggedacht vallen partijen terug op de wettelijke regeling van art. 7:941 BW. Ingevolge daarvan bestaat de verplichting om mee te werken aan een door de verzekeraar wenselijk geacht onderzoek. Terecht overweegt de Hoge Raad dat de daaruit voortvloeiende rapportage een partijrapport is. Met de overweging dat de bezwaren van de verzekerde tegen dat rapport moeten worden "meegewogen" laat hij zich in feite aldus in zekere zin uit over de procedure van herbeoordeling. Een veelgehoord betoog van verzekerde is immers dat dat rapport wordt betwist en dus buiten het zicht dient te blijven bij de herbeoordeling. Ik maak mij sterk dat dat betoog aldus niet door de Hoge Raad wordt gevolgd. Niet voor niets overweegt hij dat het gaat om het "wegen" van de bezwaren tegen het rapport van de verzekeraar tegen de achtergrond van het overige bewijsmateriaal. Ook Hartlief volgt die lijn mijns inziens niet. Hij overweegt immers dat een verzekeraar de betreffende rapportages in het geding zou kunnen brengen als zijnde een partij-expertise om zo tegenbewijs te leveren ten aanzien van de standpunten van verzekerde. De rechter kan oordelen dat het rapport van een partijdeskundige niet als onafhankelijk deskundigenrapport geldt, zeker wanneer het rapport zowel wat betreft inhoud als de wijze van totstandkoming ervan gemotiveerd door de wederpartij is betwist. In dat geval heeft de rechter ruimte om daaraan, met toepassing van art. 152 Rv geen of beperkte bewijskracht toe te kennen. Op die manier wordt volgens Hartlief gecompenseerd voor een eventueel gebrek aan objectiviteit van de aangezochte deskundige; daarvoor is niet nodig dat reeds bestaande deskundigenrapporten bij voorbaat geheel van het bewijs worden uitgesloten, aldus nog steeds Hartlief, die erop wijst dat dat ook de aanpak is die gevolgd wordt door de feitenrechters in de eerdere procedures (vgl. Rb. Rotterdam 23 november 2016, «JA» 2017/60; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316). Het onder de aandacht brengen van de deskundige die de herbeoordeling uitvoert ligt temeer ook voor de hand, daar met de beantwoording van de prejudiciële vragen tevens het lot is bezegeld van het (mijns inziens juridisch onhoudbare) betoog dat sprake zou zijn van onrechtmatig verkregen bewijs. Belangenbehartigers betoogden op grond van het arrest van 22 maart 2016 van het Hof Arnhem-Leeuwarden wel dat bewijs dat was verkregen op basis van deze polisvoorwaarde (die dus door het hof oneerlijk werd geacht) onrechtmatig was. Ook dat standpunt deelt de Hoge Raad aldus – met A-G Hartlief – niet, nu hij van oordeel is dat het beding niet oneerlijk is. Eerder betoogde ik in dit tijdschrift reeds in mijn noot onder Rb. Rotterdam 23 november 2016, «JA» 2017/60 dat dat standpunt mij juridisch niet houdbaar leek.

Achteraf bezien had de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in de beslissing van 30 augustus 2017 (nr. 2017-578) in zekere zin een vooruitziende blik door te overwegen dat zij niet meer toekwam aan de behandeling van het beroep op de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2016 nu verzekerde geen gebruik had gemaakt van de door verzekeraar geboden mogelijkheden om alternatieven voor de te benoemen deskundigen aan te dragen. De Rechtbank Den Haag oordeelde bij vonnis van 2 februari 2018 (RBDHA:2018:1860) dat de in het geding zijnde polisvoorwaarde niet oneerlijk was op een soortgelijke grond. De arbeidsongeschiktheidsverzekeraar had aldaar aangeboden om een herbeoordeling te laten plaatsvinden. Daarbij had zij aansluiting gezocht bij de polisvoorwaarden die zij op dat moment toepaste op nieuw af te sluiten arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Daarin was, kort gezegd, bepaald dat als de verzekerde het niet eens was met de vaststelling van de uitkering, een second opinion, oftewel een herbeoordeling, mogelijk was, waarbij de arbeidsongeschiktheid opnieuw werd vastgesteld. Daarbij

wordt de verzekerde in de gelegenheid gesteld om nieuwe, onafhankelijke deskundigen voor te dragen waarmee verzekeraar wel moest instemmen. De kosten van de herbeoordeling worden blijkens die regeling door beide partijen gedeeld, waarbij voor de verzekerde een maximumbedrag geldt. Tijdens de herbeoordeling wordt de uitkering uitbetaald conform de vaststelling door de verzekeraar. Als uit de herbeoordeling blijkt dat de verzekerde recht heeft op een hogere uitkering dan wordt deze met terugwerkende kracht uitbetaald en de eigen bijdrage van de herbeoordeling terugbetaald. Als blijkt dat de verzekerde recht heeft op een lagere uitkering dan moet deze het teveel ontvangen bedrag aan de verzekeraar terugbetalen. Dat de Geschillencommissie van het KiFID en de Rechtbank Den Haag aldus oordelen, wekt overigens op zichzelf niet direct verbazing omdat dat de “oplossing” was die het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 30 augustus 2016 aan de verzekeraar meegaf (ECLI:NL:GHARL:2016:6941). De branche heeft intussen in brede zin aan die oproep gehoor gegeven, nu inmiddels in veel arbeidsongeschiktheidsverzekeringen een contractuele herbeoordelingsclausule is opgenomen. In sommige gevallen is daarin zelfs bepaald dat de herbeoordeling voor partijen bindend is. De Hoge Raad heeft overwogen dat twijfel kan bestaan over de wenselijkheid van het gebrek aan inspraak bij de aanwijzing van de deskundige(n) en de aan deze(n) te stellen vragen. Die twijfel ziet aldus op de primaire beoordeling door verzekeraar. En niet op de herbeoordeling, want daarop hebben de prejudiciële vragen geen betrekking. Met Hartlief blijf ik van oordeel dat het aan de branche is om de handschoen op te pakken ter verbetering van de wijze waarop claims door arbeidsongeschiktheidsverzekeraars worden behandeld. Inmiddels heb ik overigens vernomen dat hier initiatieven worden genomen. Daarbij nodigt verzekeraar verzekerde voor een dergelijk (primair) onderzoek uit bij een door haar voorgestelde deskundige en stelt verzekerde in de gelegenheid om daar binnen een periode van enkele dagen bezwaar tegen te maken, bij gebreke waarvan de opdracht wordt verzonden. Dat is een mooi begin ter borging van de door Hoge Raad bedoelde inspraak.

mr. dr. E.J. Wervelman, advocaat bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten te Utrecht

VOETNOTEN

- 1 Het tussenvonnissen van 7 maart 2018 is gepubliceerd onder nummer ECLI:NL:RBDHA:2018:2733.
- 2 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb EEG L 95/29*.
- 3 Zo schrijft het Verbond van Verzekeraars in zijn *Protocol bij claim op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen*: “Wel kan gesteld worden dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen de volgende kenmerken als grote gemene deler hebben: De mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarover deze zal gelden wordt door de verzekeraar vastgesteld. Verzekeraars doen dit aan de hand van door hun aan te wijzen (medische) deskundigen.” Zie Verbond van Verzekeraars, *Protocol bij claim op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen*, 2016, p. 2.
- 4 Zie twee arresten in dezelfde zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 en 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941 (*XAchmea*), Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman, Rb. Gelderland 27 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4961, *AR* 2017/5048 en Rb. Den Haag 2 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1860.
- 5 P. Leerink, “Oneerlijke bedingen in de arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV)”, *TAV* 2016, p. 163 e.v., P. Corver, ‘Een oneerlijk beding in een arbeidsongeschiktheidsverzekering’, *PensioenAdvies* 2017/116 en de annotatie van E.J. Wervelman bij Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60.
- 6 Zie Verbond van Verzekeraars, *Protocol bij claim op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen*, 2016, randnummers 3.1-3.3.
- 7 Zie de twee arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 en 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941 (*XAchmea*) en Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman.
- 8 Rb. Den Haag 2 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1860, rov. 4.2.
- 9 Het gaat om de Polisvoorwaarden bij de Arbeidsongeschiktheidsverzekering van Nationale-Nederlanden, polismantel 440-04, productie 2 bij inleidende dagvaardi
- 10 Rb. Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16419. De op www.rechtspraak.nl gepubliceerde versie van dit tussenvonnissen wijkt overigens tekstueel op enkele punten af van het tussenvonnissen dat zich in het procesdossier bevindt en dat in deze conclusie gedeeltelijk wordt geciteerd.
- 11 Bedoeld is vermoedelijk: “voor”.
- 12 De percentages verwijzen naar het gedeelte van de verzekerde jaarrente dat wordt uitgekeerd. Zie verder randnummer 4.16, hierna.
- 13 Deze diagnose is vergelijkbaar met de diagnose “overspannen”. Zie B. Terluin, J.A.M. Winnubst en K. Gill, ‘Kenmerken van patiënten met de diagnose “psychische surmenage” in de huisartspraktijk’, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1995, p. 1785.
- 14 De Hemochromatose Vereniging Nederland beschrijft dit ziektebeeld als volgt: “Hemochromatose is één van de meest voorkomende erfelijke ziektes. Bij een patiënt met hemochromatose neemt het lichaam te veel ijzer uit het voedsel op. Dit ijzer stapelt zich op in het lichaam. De Nederlandstalige benaming van deze ziekte is ‘ijzerstapeling’. Het lichaam kan het te veel aan ijzer niet zelf afvoeren. In het begin heeft dit geen ernstige gevolgen. Het ijzer wordt dan veilig opgeslagen, voornamelijk in de lever. De stapeling blijft echter doorgaan. Dit kan leiden tot schade aan organen als de lever, de afweersysteem, de schildklier en het hart en aan de gewrichten. Er is geen helder en eenduidig ziektebeeld. Hemochromatose uit zich veelal in vage klachten als chronische vermoeidheid, gewrichtsproblemen, buikklachten, diabetes, leverfunctiestoornissen, hormonale stoornissen, huidverkleuringen en libidoverlies. Door deze veelheid aan mogelijke klachten, welke niet uniek zijn voor hemochromatose, denken artsen niet altijd aan hemochromatose als mogelijk[e] oorzaak. Indien een arts wel aan hemochromatose denkt is de diagnose eenvoudig te stellen.” Zie <https://hemochromatose.nl/hemochromatose-in-het-kort/>.
- 15 De Sarcoidose Belangenvereniging Nederland beschrijft dit ziektebeeld als volgt: “Sarcoidose is een zeldzame ziekte waarbij, door onbekende oorzaak, ontsteking ontstaan. Bij zo’n ontsteking hopen witte bloedcellen zich op. Deze ophopingen heten granulomen. De ontstekingen kunnen vrijwel overal in het lichaam voorkomen. De meest voorkomende klacht is vermoeidheid, dit ervaren veel mensen met sarcoidose als de voornaamste beperking.” Zie <https://sarcoidose.nl/over-sarcoidose/>.
- 16 Deze weergave is ontleend aan rov. 4.2. en 4.3. van het tussenvonnissen van 15 november 2017.
- 17 De navolgende weergave van het verweer van Nationale-Nederlanden is ontleend aan rov. 4.4. en 4.5. van het tussenvonnissen van 15 november 2017.
- 18 Zie de Productwijzer individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) van het Verbond voor Verzekeraars, p. 2: “De AOV is een verzekering voor ondernemers. Hieronder vallen ook: directeur-grotaandeelhouders (DGA’s); zelfstandigen zonder personeel (zzp’ers); vrije beroepsbeoefenaren.” Nationale-Nederlanden heeft benadrukt dat de verzekering die [eiser] heeft afgesloten ook alleen voor ondernemers toegankelijk is (schriftelijke opmerkingen, randnummer 3.3.14). Werknemers kunnen ook arbeidsongeschiktheidsverzekeringen afsluiten, die dan als strekking hebben de uitkering uit hoofde van (publiekrechtelijke regelingen als) de WIA aan te vullen. Zie bijvoorbeeld de TAF Werknemers-AOV, in het bijzonder de TAF Inkomensbeschermers (CL TIB 04-2018). De (polisvoorwaarden bij) de verzekering maken (voor zover ik heb kunnen nagaan) duidelijk of de verzekering bedoeld is voor werknemers in loondienst of voor ondernemers.
- 19 Schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummers 2.10-2.13.
- 20 Er is niet één algemeen geldende definitie van dit begrip, maar als uitgangspunt kan de definitie van het CBS worden genomen: een zelfstandige is iemand die arbeid verricht voor eigen rekening en risico, en dus geen werknemer is. Zie CBS, *De arbeidsmarkt in cijfers 2017*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2017, p. 118.
- 21 Art. 3 lid 1 Zw en art. 8 lid 1 WIA jo. art. 3 lid 1 Zw.
- 22 Art. 3 lid 1 Zw en art. 8 lid 1 WIA jo. art. 3 lid 1 Zw.
- 23 Zie E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, diss., Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 9-12.
- 24 Meer precies is iemand arbeidsongeschikt in de zin van de WIA als hij niet in staat is een bepaald minimuminkomen (het “maatmaninkomen”) te verwerven (art. 5 WIA) en arbeidsongeschikt in de zin van de Ziektewet als hij niet in staat is zijn eigen werk nog te verrichten (art. 19 Zw).
- 25 De Wet Arbeid Zelfstandigen, die hierin voorzag, is in 2004 afgeschaft, kort gezegd omdat uit onderzoek naar voren kwam dat zelfstandigen geen gebruik meer van de wet wensten te maken: zij vonden de premies te hoog en de daartegenover staande uitkeringen te laag. Zie E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 8.

- 26 Zoals hiervoor (randnummer 4.1) is opgemerkt is dit het uitgangspunt van het Verbond van Verzekeraars.
- 27 Art. 6 lid 1 onder d Ziekwet en art. 8 lid 1 WIA.
- 28 Kort gezegd werd het onwenselijk geacht dat de DGA feitelijk zelf zijn (mate van) arbeidsongeschiktheid kon vaststellen. Zie E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 12-13.
- 29 Deze procedure is vastgelegd in het Schattingsbesluit Arbeidsongeschiktheidswetten, *Stb.* 2000/37. Zie voor een beschrijving ook G.J.J. Heerma van Voss en B. Barentsen, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Bju 2017, p. 300-302.
- 30 De WIA bevat geen van de Awb afwijkende bezwaartermijn.
- 31 Dit Protocol is in de loop der jaren meerdere keren aangepast en heeft een iets andere naam gekregen. Hierna wordt verwezen naar de verschillende versies als “Protocol 2001”, “Protocol 2011” en “Protocol 2016” en ook naar “de Protocollen”.
- 32 Zie Verbond voor Verzekeraars, *Codewijzer Zelfregulering*, 2017, p. 17.
- 33 Deze beschrijving is mede gebaseerd op de beschrijving door E.J. Wervelman, ‘De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 24.2, op de beschrijvingen in de verschillende Protocollen van het Verbond van Verzekeraars en verder op randnummers 2.3.5-2.3.9 van de schriftelijke opmerkingen van Nationale-Nederlanden en de als productie 1 daarbij overgelegde brochure *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie* van Nationale-Nederlanden.
- 34 Zie E.J. Wervelman, ‘De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 24.2.6.1.
- 35 E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 335-337.
- 36 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 2.3.6.
- 37 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 2.3.1., 2.3.5. en 4.6.6.
- 38 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 2.4.2 e.v.
- 39 Zie hierover ook D.P.C.M. Hellegers, ‘Klachtenbehandeling en geschillenbeslechting in het verzekeringsrecht’, in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 4.
- 40 Niet alleen de verzekeringnemer, maar ook de verzekerde kan zich tot de Geschillencommissie wenden: het begrip “consument” dat het Kifid hanteert, is niet beperkt tot de persoon die als contractspartij van de financiële dienstverlener optreedt. Zie *Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid)*, 1 april 2017, art. 60.
- 41 Voorheen ook bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening sinds 1 april 2017 behandelt deze geen klachten meer, maar is deze taak overgegaan naar de Geschillencommissie van het Kifid. Zie *Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid)*, 1 april 2017, art. 2.1 onder a.
- 42 De Tuchtraad beoordeelt klachten op grond van het Reglement Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantien), zie <http://tuchtraadfd.nl/reglement/>.
- 43 Zie *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht*, commentaar op art. 4:25 Wft (M.M.R. van Ardenne-Dick), Deventer: Kluwer 2018.
- 44 Zie voor een overzicht ook K. Engel, ‘De arbeidsongeschiktheidsverzekering van de zelfstandige ondernemer’, *TvC* 2015, p. 137-140.
- 45 Om de gedachten te bepalen is een aantal (op internet beschikbare) polisvoorwaarden bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bekeken. Het gaat daarbij om de volgende polisvoorwaarden: Aegon Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Bijzondere voorwaarden nr. 1449, Allianz Fundament Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Verzekeringsvoorwaarden FAOV17, Voorwaarden Reaal Ondernemers AOV, nr. 0117, Movir Voorwaarden van verzekering Vaste kostenverzekering (VK)/Waarnemingsverzekering (WN), versienummer VK 2016/01 en WK 2016/01, Movir, De Soepel & Zeker AOV, voorwaarden van verzekering versienummer S&Z 2018/01, Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering, Aanvullende voorwaarden (Model 42713), Interpolis Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Algemene voorwaarden (42705), De Amersfoortse, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering Model 188, Avéro Achmea, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Modelnummer 42804, Centraal Beheer, Arbeidsongeschiktheidsverzekering nummer 43005, Delta Lloyd, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers (Sommenverzekering), O 03.2.30 K, De Goudse, Compleet Verzekerd Mijn bedrijf Ondernemers-AOV, Aanvullende voorwaarden versie 3.0, Polisvoorwaarden TAF GoedGezekerd AOV, QL GG 03-2015, TAF Maandlastbeschermer, nummer CL MLB 11-2015 en TAF Inkomensbeschermer, CL TIB 04-2018
- 46 Bijvoorbeeld de “Compleet Verzekerd Mijn bedrijf Ondernemers-AOV” van De Goudse.
- 47 Bijvoorbeeld de “Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers” van Delta Lloyd.
- 48 Zoals in het onderhavige geval. Zie schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 3.3.10.
- 49 Centraal Beheer, Arbeidsongeschiktheidsverzekering, nummer 43005, art. 1.2, Avéro Achmea, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Modelnummer 42804, art. 1.2, Delta Lloyd, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers (Sommenverzekering), O 03.2.30 K, randnummer 2.
- 50 Zie op dit punt ook randnummers 3.3.1-3.3.16 van de schriftelijke opmerkingen van Nationale-Nederlanden.
- 51 Interpolis Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Algemene voorwaarden (42705), randnummer 3, Avéro Achmea, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering Modelnummer 42804, randnummer 1.3, Voorwaarden Reaal Ondernemers AOV, nr. 0117, nr. 3.1, Movir, De Soepel & Zeker AOV, voorwaarden van verzekering versienummer S&Z 2018/01, nr. 1.1, Delta Lloyd, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers (Sommenverzekering), O 03.2.30 K, randnummer 1.1., Allianz Fundament Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Verzekeringsvoorwaarden FAOV17, randnummer 3.1. Vergelijkbaar: Aegon Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Bijzondere voorwaarden nr. 1449, randnummer 1, De Goudse, Compleet Verzekerd Mijn bedrijf Ondernemers-AOV, Aanvullende voorwaarden versie 3.0, randnummer 1.1, De Amersfoortse, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering Model 188 (onder “Wat is het doel van uw arbeidsongeschiktheidsverzekering?” op p. 1).
- 52 Gebruikelijk in de branche is om maximaal 80% van het inkomen te verzekeren, hetgeen lijkt ingegeven door de gedachte dat een volledig verzekerd inkomen geen enkele inkomensachteruitgang betekent bij arbeidsongeschiktheid waardoor een prikkel tot reactivering ontbreekt. Zie de noot van E.J. Wervelman bij Rb. Limburg 6 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12135, *JA* 2018/54 en art. 24.1 van de Polisvoorwaarden 440-04 van Nationale-Nederlanden.
- 53 Zie artikel 15.2 van de Polisvoorwaarden 440-04 van Nationale-Nederlanden.
- 54 Bijvoorbeeld de TAF Maandlastbeschermer, nummer CL MLB 11-2015, en de TAF Inkomensbeschermer, CL TIB 04-2018. Deze verzekeringen zijn gericht op werknemers en vullen de uitkering aan die de werknemer ontvangt op grond van de WIA.
- 55 Bijvoorbeeld de Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering, Aanvullende voorwaarden (Model 42713).
- 56 Polisvoorwaarden TAF GoedGezekerd AOV, QL GG 03-2015.
- 57 Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering, Aanvullende voorwaarden (Model 42713). Bij sommige verzekeringen wijst de aanduiding erop dat zij als doel hebben ervoor te zorgen dat de verzekerde bepaalde beroeps- of bedrijfsgerelateerde kosten kan blijven betalen, maar is het recht op uitkering daarvan niet afhankelijk, althans niet blijkens de polisvoorwaarden: de voorwaarden bij de Vaste Kostenverzekering/Waarnemingsverzekering van Movir (VK 2016/01 en WK 2016/01) bijvoorbeeld bevatten daarvoor geen aanknopingspunten, terwijl de naam van de verzekering daar wel op wijst. Dit geldt ook voor de TAF Maandlastbeschermer, nummer CL MLB 11-2015.
- 58 Zo schrijft Interpolis op haar website: “De Vastelastenverzekering in het InkomensZekerPlan van Interpolis verzekert u voor de extra kosten van een vervanger. Vastelastenverzekering is een apart af te sluiten aanvullende verzekering” en: “Voor vrije beroepen kunt u kiezen voor een hoger maximaal verzekerd inkomen. U kunt tot € 250.000,- per jaar verzekeren. Ook kunt u 2 aanvullende verzekeringen afsluiten [de Vastelastenverzekering en de Waarnemingskostenverzekering. Zo zorgt u ervoor dat uw praktijk open blijft.” Zie <https://www.interpolis.nl/zakelijk/verzekeren/arbeidsongeschiktheidsverzekering/dekking>. Movir schrijft op haar website over de Vaste Kostenverzekering en de Waarnemingsverzekering: “De Vaste kostenverzekering kan bovenop de Langlopende verzekering worden gesloten. Hierdoor kunt u meer dan 80% van uw inkomen verzekeren.” <https://movir.nl/arbeidsongeschiktheidsverzekering/Beroeps-AOV/aanvullende-verzekeringen/>.
- 59 De verhoging van de AOW-leeftijd leidde dan ook tot inkomenshiaten voor verzekerden die 65 als eindleeftijd waren overeengekomen; sindsdien hebben verzekeraars de eindleeftijd verhoogd naar 67 jaar. Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief van staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Klijnsma van 15 januari 2016, *Kamerstukken II* 2015-2016, 32 163, nr. 39.

- 60 Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering. Aanvullende voorwaarden (Model 42713), randnummer 7.
- 61 Zie Verbond van Verzekeraars, *Productwijzer individuele arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV)*, p. 2 en E.J. Wervelman, 'De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 24.2.
- 62 Zie hof Leeuwarden 10 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ4378, *NTRF* 2011/1260 m.nt M.E. Kastelein, HR 25 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9733, *BNB* 1981/93, HR 9 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW941, *BNB* 1982/231 m.nt. J. Verburg, hof Arnhem 27 april 1971, ECLI:NL:GHARN:1971:AX4921, *BNB* 1972/8 en HR 20 januari 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2784, *BNB* 1954/75.
- 63 Daarvan lijkt sprake te kunnen zijn als de verzekering alleen dekking biedt voor ziekte of invaliditeit die tijdens of door de beroepsuitoefening zijn ontstaan: hof Arnhem 27 april 1971, ECLI:NL:GHARN:1971:AX4921, *BNB* 1972/8. De enkele omstandigheid dat een uitkering onder de verzekering kan worden aangewend om een vervanger aan te stellen om het beroep of bedrijf gaande te houden betekent echter niet dat de kosten als bedrijfsaangelegenheden kunnen worden gezien: HR 20 januari 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2784, *BNB* 1954/75.
- 64 HR 20 januari 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2784, *BNB* 1954/75.
- 65 Een ondernemer is volgens de Wet IB 2001 een natuurlijke persoon die een onderneming voert, ook als hij dit doet in de vorm van een eenmanszaak, vof of maatschap. Zie H.P.A.M. van Arendonk e.a. (red.), *Wegwijs in de Inkomstenbelasting*, Amersfoort: Sdu 2017, nrs. 3.2.1-3.2.3.
- 66 Meer specifiek als loon uit een voormalige dienstbetrekking art. 3.100 onder a Wet IB 2001 jo. art. 34 lid 1 Wet op de Loonbelasting (Wet LB 1964) jo. art. 11 li onder a sub 6 en art. 11 lid 2 Uitvoeringsbesluit Loonbelasting 1965. Zie H.P.A.M. van Arendonk e.a. (red.), *Wegwijs in de Inkomstenbelasting*, Amersfoort: Sdu 2017, nr. 7.1.
- 67 Hof Leeuwarden 10 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ4378, *NTRF* 2011/1260 m.nt M.E. Kastelein, rov. 4.5. en de beleidsregel Besluit Inkomstenbelasting lijfrenten en rechten op periodieke uitkeringen, *Stcrt.* 2015/29065, onder 3.2.1: "De genoemde aanspraken hebben altijd betrekking op de persoon in privé. Dat wil zeggen dat ook als een ondernemer de verzekerde persoon is en de premies betaalt, de betalingen niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, maar aftrekbaar zijn als uitgaven voor inkomensvoorzieningen."
- 68 De arbeidsovereenkomst met de DGA kan op grond van art. 40 Fw door de curator worden ontbonden, maar de DGA komt geen beroep op de loongarantieregeli toe. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nrs. 8.5.2-8.5.3 en *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, commentaar op art. 40 Fw (L.M.A. Lintel).
- 69 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb EEG* L 95/29.
- 70 Zie onder meer HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*), rov. 25, HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, *RvdW* 2009/1070 (*Pammon*), rov. 22, HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 m.nt. M.R. Mok, *MvV* 2012, p. 295 e.v. m.nt. R. Meijer, *TvC* 2012, p. 286 e.v. m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Espanol de Crédito/Calderon Camino*), rov. 39 en HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, *NJ* 2010/11 m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*), rov. 29. Zie voorts C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwer 2011, nr. 14 e.v.
- 71 Later zijn enkele bepalingen van die afdeling (waaronder art. 6:238 BW) naar aanleiding van een advies van de Europese Commissie alsnog gewijzigd. Zie *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 470, nr. 3 (MvT) en C.M.D.S. Pavillon, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse regeling van algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3 BW)', in A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht, Deel II. Bijzonder Deel*, Deventer: Kluwer 2014, p. 243-244.
- 72 HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 (*Assoud/SNS*).
- 73 Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 169 e.v. met verwijzingen.
- 74 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), rov. 30.
- 75 Hoewel de term "verkoper" de indruk zou kunnen wekken dat de Richtlijn alleen ziet op koopovereenkomsten, gaat het blijkens de definitie van de term om alle overeenkomsten waarbij één contractspartij handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf en de andere niet. Zie Pfeiffer, 'IV. Definition des Begriffs des Gewerbetreibenden in lit. c', in E. Grabitz, M. Hilf e.a. (red.), *Das Recht der Europäischen Union*, München: Beck 2009, nrs. 15-27.
- 76 Dit is in de onderhavige situatie van belang nu bij verzekeringsovereenkomsten naast degene die de overeenkomst sluit (de verzekeringnemer) ook een verzekerde en, bij een sommenverzekering mogelijk ook een begunstigde betrokken zijn. Zie daarover randnummer 4.19.
- 77 Ten behoeve van de leesbaarheid verwijs ik steeds naar het "HvJ EU", ook daar waar strikt genomen "HvJ EG" zou moeten staan.
- 78 HvJ EG 22 november 2001, gevoegde zaken C-541/99 en C-542/99, ECLI:EU:C:2001:625 (*Cape/Ideservice*).
- 79 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*).
- 80 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*), rov. 27. Vgl. HvJ EG 14 maart 1991, C-361/89, ECLI:EU:C:1991:118 (*Di Pinto*): dat een handelaar (iemand die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf) onvoorbereid is en dus over (te) weinig kennis beschikt, brengt niet mee dat hij als consument kan worden gezien (rov. 18).
- 81 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*), rov. 29.
- 82 HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcai*).
- 83 HvJ EU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*).
- 84 HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcai*), rov. 27, herhaald in HvJ EU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*), rov. 32. Overigens lijkt het criterium, of de activiteiten "niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of bedrijf" strenger dan de maatstaf uit het Costea-arrest, maar het HvJ EU heeft bevestigd dat niet bedoeld is af te wijken van eerdere rechtspraak, namelijk in HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems/Facebook Ireland Limited*), rov. 30-32. Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nr. 26a.
- 85 HvJ EU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*), rov. 39 en HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcai*), rov.
- 86 HvJ EU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*), rov. 34 en HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcai*), rov.
- 87 Zie hierover M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, p. 36 e.v.
- 88 Asser/A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 500.
- 89 Aldus A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', *Ars Aequi* 2017, p. 222.
- 90 Ter bevestiging van de conclusie dat het HvJ EU op dit punt een objectieve benadering voorstaat, wordt in de literatuur nog gewezen op het arrest *Gruber*, waar het HvJ EU oordeelde dat een verkoper er op grond van wat hem daarover door zijn wederpartij was meegedeeld vanuit mocht gaan dat die wederpartij voor bedrijfsdoelinden handelde, ook al bleek dat later deels anders te zijn (HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, Jur. 2005, p. I-439 (*Gruber/Bay Wa*)). Het is echter de vraag in hoeverre dit arrest van betekenis is voor de uitleg van de Europese consumentenrichtlijnen, omdat dit oordeel van het HvJ ziet op en ook in de sleutel staat van de regels over rechtsmacht in consumentenzaken in het Europese Executieverdrag. Zie M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, p. 35.
- 91 M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, p. 36 e.v.
- 92 Dit begrip is dus iets ruimer dan het Nederlandse begrip "algemene voorwaarden" uit art. 6:231 BW, nu de Richtlijn niet de eis stelt dat een beding moet zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.
- 93 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwer 2011, nr. 23 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 15-15a.
- 94 HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 (*Assoud/SNS*) en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, *NJ* 2004/567 m.nt. Jac. Hij (*Parkwoningen Hoge Weide*). Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1521 (MvT Inv.) en 1527 (MvA II Inv.).
- 95 HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, *JOR* 2016/238 m.nt. T.M.C. Arons (*Radlinger*).
- 96 Aldus C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwer 2011, nr. 103 en 122-123.
- 97 Zie bijvoorbeeld C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwe 2011, nr. 19. Ook Hendrikse en Rinkes gaan er vanuit dat eerst de "Nederlandse" uitlegmaatstaven worden toegepast, en dat pas daarna, bij eventuele onduidelijkheid, de Richtlijn in beeld komt: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsvoorwaarden en de consument*, Zutphen: Paris 2010, p. 59-77.

- 98 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).
- 99 HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*).
- 100 Volgens Van Tiggele-van der Velde kan hiervan worden uitgegaan bij alle verzekeringen die gesloten zijn op de zogenoemde provinciale markt. Dit zijn alle consumentenverzekeringen als ook de (niet ter beurze gesloten) bedrijfsmatige verzekeringen. Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9 en Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX* Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 64 en 360 en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsvoorwaarden en de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 59-77.
- 101 Zie voor beschouwingen over de vraag welke gezichtspunten bij deze objectieve uitleg relevant (kunnen) zijn mijn conclusie vóór HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1055, *RvdW* 2017/660, *JA* 2017/115 m.nt. M. Oudenaarden (*Delta Lloyd/X*), randnummers 3.11 e.v. en verder N. van Tiggele-van der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9.
- 102 HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*). Zie ook HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, *RvdW* 2018/482 (*Shaken baby*), rov. 3.3.2 e.v.
- 103 Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX* Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 361 met verdere verwijzingen.
- 104 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler en Kaslerné Rabai*), rov. 74.
- 105 In het kader van de toepassing van de Richtlijn is uitleg *contra preferentem* een regel van dwingend recht, en niet slechts een gezichtspunt bij de uitleg van een beding. Zie Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX* Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 358.
- 106 Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nr. 338 en Asser/A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 494. M.H. Wissink, *Richtlijnonconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss., Deventer: Kluwer 2001, nr. 207 spreekt van "zacht rechtlijnenrecht".
- 107 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, NJ 2012/404 m.nt. M.R. Mok en *TvC* 2012, p. 280 e.v. m.nt. J.H.M. Spanjaard (*NFH/Invitel*) en HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb AG*).
- 108 Aldus C.M.D.S. Pavillon, 'De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?', in Jac. Hijma (red.), *Een kwart eeuw (H.J. Snijders-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 355, en instemmend M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nr. 339.
- 109 Zie hierover M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 288-289, Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. BWB55, Deventer: Kluwer 2010, nr. 28 en Asser/A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nrs. 492-498.
- 110 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwer 2011, nr. 165.
- 111 C.M.D.S. Pavillon, 'De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint van grijs?', in Jac. Hijma (red.), *Een kwart eeuw (H.J. Snijders-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 345. Er zijn ook bedingen die op de grijze of zwarte lijst staan, maar niet op de blauwe lijst; art. 6:236 onder g. dat als onredelijk bezwarend aanmerkt een beding dat de wettelijke verjarings- of vervaltermijn voor het geldend maken van zijn recht door een wederpartij verkort tot minder dan een jaar, staat bijvoorbeeld niet als zodanig op de blauwe lijst. Zie *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:236 BW, aant. 4.7 en 6:237 BW, aant. 3.4 (E.H. Hondius).
- 112 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 240-243, C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 169 en Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. BWB55, Deventer: Kluwer 2010, nr. 42, die betoegt dat gevallen van "kennelijke versluiering" moeten worden uitgezonderd in die zin dat daaraan wel een sanctie zou moeten kunnen worden verbonden. In HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5078, *RvdW* 2007/1052 (*X. c.s./ABN Amro Bank N.V.*) liet Uw Raad het oordeel van het hof, dat het feit dat een beding niet transparant is geformuleerd op zichzelf geen grond oplevert om het onredelijk bezwarend te achten, met toepassing van art. 81 RO in stand.
- 113 Zo bijvoorbeeld C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 169.
- 114 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler en Kaslerné Rabai*), rov. 74. Zie ook HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb AG*).
- 115 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*).
- 116 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), rov. 68.
- 117 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (*Constructora Principado*).
- 118 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss., Deventer: Kluwer 2011, nrs. 30-3.
- 119 C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 165-166.
- 120 *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.)* p. 1580 (MvT Inv.).
- 121 Zie onder meer M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nr. 212 met verwijzingen.
- 122 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (*Constructora Principado*), rov. 29.
- 123 C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 166.
- 124 HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, *JOR* 2016/238 m.nt. T.M.C. Arons (*Radlinger*).
- 125 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), rov. 69.
- 126 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), rov. 71.
- 127 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler en Kaslerné Rabai*), rov. 74. Dit is hetzelfde consumentbegrip als gehanteerd wordt in het Europese merkenrecht. Zie HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*), rov. 37.
- 128 Volgens Pavillon is dat het geval. Zie C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 167.
- 129 Dit EU-rechtelijke consumentbegrip is bekritiseerd, omdat het zou uitgaan van een onrealistisch hoog kennisniveau. Om die reden voorziet de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG) in uitzonderingsposities voor kwetsbare groepen consumenten. Zie B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, diss., 2014, p. 13-27.
- 130 Dat onderscheid wordt bijvoorbeeld gemaakt door C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, p. 167-168, hoewel zij tot de slotsom komt dat de Nederlandse omstandighedentoeets in één fase is toegestaan.
- 131 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2017/164 m.nt. C.W.M. Lieverse (*A/Dexia*), rov. 3.7.1-3.7.8.
- 132 HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *RvdW* 2009/1070 (*Pannon*), rov. 42-43, voortbouwend op HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*).
- 133 HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *RvdW* 2009/1070 (*Pannon*), rov. 42 en in gelijke zin HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135 NJ 2013/431 m.nt. H.J. Snijders (*Van Marrum B.V./Wolff*).
- 134 HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (*Océano*), rov. 24. Volgens het HvJ EU werd de consument door een dergelijk beding in een nadelige positie gebracht, doordat hij mogelijk ver zou moeten reizen en (voor hem) hoge kosten zou moeten maken om voor de rechter te verschijnen, terwijl de verkoper erdoor in staat wordt gesteld alle met zijn beroepswerkzaamheden verband houdende geschillen te concentreren bij de rechter van zijn plaats van vestiging, waardoor het hem makkelijker valt zijn comparitie te regelen en deze minder kosten voor hem meebrengt (rov. 22-23).
- 135 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 m.nt. H.J. Snijders (*Van Marrum B.V./Wolff*).
- 136 Namelijk het arrest HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*).
- 137 Zie M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nr. 175.
- 138 HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, *JBPR* 2007/26 m.nt. G.J. Meijer en I.P.M. van den Nieuwendijk (*Mostaza Claro*).
- 139 HvJ EU 6 oktober 2010, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, NJ 2010/11 m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*).
- 140 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33611, nr. 3, p. 7 (MvT).

- 141 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*).
- 142 HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*), rov. 29, HvJ EU 21 november 2002, C-473/00, ECLI:EU:C:2002:705, *NJ* 2003/703 m.nt. M.R. Mok (*Cofidis*), rov. 32-35, HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, *JBPR* 2007/26 m.nt. G.J. Meijer en I.P.M. van den Nieuwendijk (*Mostaza Claro*), rov. 25, HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans, *JIN* 2013/179 m.nt. F. Oostlander, *JBPR* 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, *Ars Aequi* 2014, p. 358 e.v. m.nt. W.H. van Boom, *TvC* 2013, p. 262 e.v. m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor en *TvPP* 2014, p. 81 e.v. m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), rov. 3.7.1 en HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, *NJ* 2016/439 m.nt. H.B. Krans (*Beermann/Dexia*), rov. 3.7. Dat is alleen anders, wanneer de consument zich ertegen verzet dat de rechter een oneerlijk beding buiten toepassing laat: HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*), rov. 49. Zie over ambtshalve toepassing van EU-(consumenten)recht onder meer M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss., Deventer: Kluwer 2001, nrs. 463-469, A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss., Deventer: Kluwer 2012, nrs. 143-144, Asser/A.S. Hartkamp, *Deel 3-I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 129 en 249-253, A. Ancery en B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *Ars Aequi* 2016, p. 825-830, Landelijk overleg vakinhoud civiel en kanton (LOVCK), *Rapport Ambtshalve toetsing II*, november 2014 (een derde versie van dit rapport wordt voorbereid, maar was op het moment van schrijven van deze conclusie nog niet gepubliceerd), en H.J. Sijnders, 'New Developments in National Rules for ex Officio Raising of Points of Community Law by National Courts', in A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law. Volume I: General Part*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 1.A.5.
- 143 HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *RvdW* 2009/1070 (*Pannon*).
- 144 In die zin reeds C.J.A. Seinen en A.G.F. Ancery, 'Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen?', *TCR* 2015, p. 83 e.v. en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans, *JIN* 2013/179 m.nt. F. Oostlander, *JBPR* 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, *Ars Aequi* 2014, p. 358 e.v. m.nt. W.H. van Boom, *TvC* 2013, p. 262 e.v. m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor en *TvPP* 2014, p. 81 e.v. m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), rov. 3.9.2.
- 145 Zie bijvoorbeeld (met betrekking tot het begrip kernbeding) HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 (*Assoud/SNS*).
- 146 HvJ 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 m.nt. M.R. Mok, *MvV* 2012, p. 295 e.v. m.nt. R. Meijer en *TvC* 2012, p. 286 e.v. m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Espanol de Crédito/Calderon Camino*), rov. 65.
- 147 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans, *JIN* 2013/179 m.nt. F. Oostlander, *JBPR* 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, *Ars Aequi* 2014, p. 358 e.v. m.nt. W.H. van Boom, *TvC* 2013, p. 262 e.v. m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor en *TvPP* 2014, p. 81 e.v. m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), rov. 3.7.3. Zie, ook over de vraag of vernietiging wel een toereikende sanctie is, Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. BWB55, Deventer: Kluwer 2010, nrs. 44-44a.
- 148 HvJ 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 m.nt. M.R. Mok, *MvV* 2012, p. 295 e.v. m.nt. R. Meijer en *TvC* 2012, p. 286 e.v. m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Espanol de Crédito/Calderon Camino*), rov. 69-71.
- 149 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347, *WR* 2017/137 m.nt. P.G.A. van der Sanden en *JHV* 2017/38 m.nt. J. Briedé.
- 150 Conclusie A-G Valk (ECLI:NL:PHR:2017:483) vóór HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347, *WR* 2017/137 m.nt. P.G.A. van der Sanden en *JHV* 2017/38 m.nt. J. Briedé.
- 151 Dat was al eerder opgemerkt door C.M.D.S. Pavillon, 'Het Europese verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?', *TvPP* 2015, p. 72.
- 152 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347, *WR* 2017/137 m.nt. P.G.A. van der Sanden en *JHV* 2017/38 m.nt. J. Briedé.
- 153 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler en Kaslerné Rabai*), rov. 81-82. Deze zaak is een voorbeeld van de problematiek van *foreign currency mortgages* die in verschillende landen in Centraal- en Oost-Europa spelen. Zie daarover C. Mak, E. Mak en V. Mak, 'De verwijzende rechter', *NJB* 2017, p. 1724 e.v. en de reactie daarop van C. Timmermans, 'EU prejudiciële vragen van lagere nationale rechters mogelijk blijken van rechterlijk activisme?', *NJB* 2017, p. 2462 e.v.
- 154 Zie op dit punt de conclusie van A-G Wahl voor dit arrest (ECLI:EU:C:2014:85), randnummer 88.
- 155 Zie ook de conclusie van A-G Wahl voor dit arrest (ECLI:EU:C:2014:85), randnummers 92 e.v.
- 156 Ook in verstekzaken: HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans, *JIN* 2013/179 m.nt. F. Oostlander, *JBPR* 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, *Ars Aequi* 2014, p. 358 e.v. m.nt. W.H. van Boom, *TvC* 2013, p. 262 e.v. m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor en *TvPP* 2014, p. 81 e.v. m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Heesakkers/Voets*), rov. 3.7.3 en 3.9.2.
- 157 Het Nederlands BW kent diverse instrumenten die in het teken staan van relativering van de gevolgen van nietigheid of vernietiging. Zie onder meer art. 3:41 en 4:3:53 lid 2 en ook 3:54 en 6:230 BW.
- 158 In deze weergave is ervoor gekozen twee elementen ("stappen") in de toetsing te onderscheiden. Hiervoor (randnummer 5.27) is al uitgelegd dat het uiteindelijk toch gaat om één vraag.
- 159 De term *verzekerde* heeft een andere betekenis die bovendien afhangt van het type verzekering. Zie hierover randnummers 4.19 e.v.
- 160 Dit zou anders kunnen zijn indien de begunstiging wordt gezien als een derdenbeding bij aanvaarding daarvan wordt de begunstigde immers ingevolge art. 6:254 BW partij bij de overeenkomst. Zie verder hierna, randnummer 6.8.
- 161 Zie schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummers 2.16-2.17.
- 162 Schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummer 2.17.
- 163 Zie Asser/A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbindenissenrecht. Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 564.
- 164 Deze derde wordt door aanvaarding partij bij een bestaande overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW). Zie daarover in het kader van verzekeringsovereenkomsten Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 383-391.
- 165 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:324, *RVR* 2017/31, rov. 19. In dat geval had het beroep van de huurder op de Richtlijn echter betrekking op het derdenbeding zelf, dus niet op andere bedingen uit de overeenkomst (een erfpachtakte tussen de gemeente en de verhuurder).
- 166 Dit in tegenstelling tot een verzekerde, die geen partij is bij de verzekeringsovereenkomst.
- 167 Betoogd wordt wel dat ook de aanwijzing van een derde als begunstigde bij een sommenverzekering een derdenbeding is. In die opvatting zou ook een begunstigde zich op de Richtlijn kunnen beroepen. Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 686.
- 168 Daargelaten het geval dat niet duidelijk is met wie de verzekeraar heeft gecontracteerd: bij onzekerheid over wie contractspartij is, kan eventueel van belang zijn, z het niet beslissend, wie feitelijk de rekeningen betaalt. Zie in dit verband bijvoorbeeld, zij het dat het daar ging om de vraag aan wie werd betaald, HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2245, *NJ* 1998/544 m.nt. C.J.H. Brunner (*Waarnemend tandarts*).
- 169 Zie voor het overzicht hiervoor randnummer 4.14 en de voetnoten daarbij.
- 170 Centraal Beheer. Arbeidsongeschiktheidsverzekering nummer 43005, art. 1.2, Avéro Achmea, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Modelnummer 42804, art. 1.2, Delta Lloyd, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers (Sommenverzekering), O 03.2.30 K, randnummer 2.
- 171 Zie op dit punt ook, uitgebreid, randnummers 3.3.1-3.3.16 van de schriftelijke opmerkingen van Nationale-Nederlanden.
- 172 Zie *Tekst & Commentaar Verzekeringsrecht*, commentaar bij art. 7:925 lid 1 BW (J.H. Wansink en N. van Tiggele-van der Velde).
- 173 Zie uitgebreid Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 27-29.
- 174 Interpolis Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Algemene voorwaarden (42705), randnummer 3, Avéro Achmea, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Modelnummer 42804, randnummer 1.3, Voorwaarden Reaal Ondernemers AOV, nr. 0117, nr. 3.1, Movir, De Soepel & Zeker AOV, voorwaarden van verzekering versienummer S&Z 2018/01, nr. 1.1, Delta Lloyd, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers (Sommenverzekering), O 03.2.30 K, randnummer 1.1., Allianz Fundament Arbeidsongeschiktheidsverzekering, Verzekeringsvoorwaarden FAOV17,

- randnummer 3.1. Vergelijkbaar: Aegon Arbeidsongeschiktheidsverzekering Bijzondere voorwaarden nr. 1449, randnummer 1, De Goudse, Compleet Verzekerd Mijn bedrijf Ondernemers-AOV, Aanvullende voorwaarden versie 3.0, randnummer 1.1, De Amersfoortse, Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering Model 188 (onder “Wat is het doel van uw arbeidsongeschiktheidsverzekering?” op p. 1).
- 175 Bijvoorbeeld de TAF Maandlastbeschermer, nummer CL.MLB.11-2015, en de TAF Inkomensbeschermer, CL.TIB.04-2018. Deze verzekeringen zijn gericht op werknemers en vullen de uitkering aan die de werknemer ontvangt op grond van de WIA.
- 176 Bijvoorbeeld de Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering Aanvullende voorwaarden (Model 42713).
- 177 Polisvoorwaarden TAF GoedGezekerd AOV, QL.GG.03-2015.
- 178 Interpolis Vastelasten- en Waarnemingskostenverzekering Aanvullende voorwaarden (Model 42713). Bij sommige verzekeringen wijst de aanduiding erop dat zij als doel hebben ervoor te zorgen dat de verzekerde bepaalde beroeps- of bedrijfsgerelateerde kosten kan blijven betalen, maar is het recht op uitkering daarvan niet afhankelijk, althans niet blijkens de polisvoorwaarden: de voorwaarden bij de Vaste Kostenverzekering/Waarnemingsverzekering van Movir (VK 2016/01 en WK 2016/01) bijvoorbeeld bevatten daarvoor geen aanknopingspunten, terwijl de naam van de verzekering daar wel op wijst. Dit geldt ook voor de TAF Maandlastbeschermer, nummer CL.MLB.11-2015.
- 179 Zo schrijft Interpolis op haar website: “De Vastelastenverzekering in het InkomensZekerPlan van Interpolis verzekert u voor de extra kosten van een vervanger. De Vastelastenverzekering is een apart af te sluiten aanvullende verzekering” en: “Voor vrije beroepen kunt u kiezen voor een hoger maximaal verzekerd inkomen. U kunt tot € 250.000,- per jaar verzekeren. Ook kunt u 2 aanvullende verzekeringen afsluiten [de Vastelastenverzekering en de Waarnemingskostenverzekering. Zo zorgt u ervoor dat uw praktijk open blijft.” Zie <https://www.interpolis.nl/zakelijk/verzekeren/arbeidsongeschiktheidsverzekering/dekking> Movir schrijft op haar website over de Vaste Kostenverzekering en de Waarnemingsverzekering: “De Vaste kostenverzekering kan bovenop de Langlopende verzekering worden gesloten. Hierdoor kunt u meer dan 80% van uw inkomen verzekeren.” <https://movir.nl/arbeidsongeschiktheidsverzekering/Beroeps-AOV/aanvullende-verzekeringen/>.
- 180 In deze zin reeds K. Engel, ‘De arbeidsongeschiktheidsverzekering van de zelfstandige ondernemer’, *TvC* 2015, p. 139.
- 181 Zo ook Hof Amhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, *AR* 2016/1012 (*X./Achmea*), rov. 4.9. De rechtbank Gelderland wees een tussenvonnis waarin zij partijen de gelegenheid gaf zich bij akte over de genoemde vraag uit te laten. In deze zaak is voor zover mij bekend nog geen eindvonnis gewezen. Zie Rb. Gelderland 27 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4961, *AR* 2017/5048 (*X./Achmea*).
- 182 Hof Amhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, *AR* 2016/2542 (*X./Achmea*), rov. 2.5 en Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X./Amersfoortse*), rov. 4.12.
- 183 Zo achtte het Hof Amhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, *AR* 2016/1012 (*X./Achmea*), rov. 4.9 van belang dat niet was gesteld of gebleken dat de uitkeringen werden gebruikt voor de voortzetting van de onderneming.
- 184 Hof Amhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, *AR* 2016/1012 (*X./Achmea*), rov. 4.9 en Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X./Amersfoortse*), rov. 4.12.
- 185 Hof Amhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, *AR* 2016/2542 (*X./Achmea*), rov. 2.5 en Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X./Amersfoortse*), rov. 4.12.
- 186 Hof Amhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, *AR* 2016/1012 (*X./Achmea*), rov. 4.9.
- 187 Daarop wijst bijvoorbeeld de verwijzing naar dat arrest in Hof Leeuwarden 10 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ4378, *NFR* 2011/1260 m.nt. M.E. Kasteleij HR 20 januari 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2784, *BNB* 1954/75.
- 189 Hof Amhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, *AR* 2016/2542 (*X./Achmea*), rov. 2.5.
- 190 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*), rov. 27. Zie hiervoor randnummer 5.5.
- 191 Zie bijvoorbeeld M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsvoorwaarden en de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 17.
- 192 In haar schriftelijke opmerkingen heeft Nationale-Nederlanden gewezen op een uitspraak van de Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantien) van 17 januari 2017, nr. 17-001, waarin de Tuchtraad oordeelde dat de klager geen consument was, met de volgende motivering: “Klager heeft immers in 2009 de arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten voor zijn beroep als vrachtwagenchauffeur. Klager handelt daarmee in de uitoefening van een beroep of bedrijf, aangezien hij zijn verdien capaciteit (in bedrijf) heeft verzekerd. Dat dit (tevens) zijn persoonlijk inkomen betreft, maakt dit niet anders.” Het begrip “consument” is volgens het Reglement van de Tuchtraad “de natuurlijke persoon die, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, een financiële dienst afneemt of belanghebbende is bij het afnemen van een financiële dienst (...)”.
- 193 Art. 1 van het Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid). Bemiddeling en (bindend) advies, 1 april 2017.
- 194 Zie art. 60 van het Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid). Bemiddeling en (bindend) advies, 1 april 2017.
- 195 Maar ook bijvoorbeeld: Kifid 13 januari 2015, nr. 2015-018 (*X./Delta Lloyd*).
- 196 Zie bijvoorbeeld Kifid 16 januari 2017, nr. 2017-044 (*X./ASR*), rov. 2.1, Kifid 16 mei 2017, nr. 2017-306 (*X./Aegon*), rov. 2.1-2.2, Kifid 18 juli 2017, nr. 2017/47 (*X./Aegon*), rov. 2.1-2.2, Kifid 5 maart 2018, nr. 2018-153 (*X./ASR*), rov. 2.2 en Kifid 5 maart 2018, nr. 2018-152 (*X./Kendall Mason*), rov. 2.2.
- 197 Wel heeft de Commissie van Beroep zich gebogen over de vraag of een geschil tegen een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar onder de dekking van een rechtsbijstandverzekering viel, nu in de algemene voorwaarden daarvan “beroeps- of bedrijfsmatig handelen” van dekking werd uitgesloten. De verzekeraar stelde zich op het standpunt dat het afsluiten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering als beroepsmatig handelen moest worden beschouwd. Volgens de Commissie kon “beroepsmatig handelen” in het normale spraakgebruik ook “handelen ten behoeve van de beroepsuitoefening” omvatten en was verdedigbaar dat het afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering in die laatste categorie viel. Dit was echter onduidelijk en deze onduidelijkheid bracht de Commissie van Beroep voor rekening van de verzekeraar te komen. Zie Commissie van Beroep Kifid 22 december 2015, nr. 2015-041 (*X./DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V.*), rov. 5.2.5.
- 198 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.3.7 e.v.
- 199 Schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummers 2.24-2.32.
- 200 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.7.1-4.7.14.
- 201 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.5.1-4.5.8.
- 202 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.4.1-4.4.9, schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummer 2.34.
- 203 Opmerkingen [eiser] n.a.v. schriftelijke opmerkingen zijdens Nationale-Nederlanden, randnummer 4.5.
- 204 Of, zo drukte het HvJ EU het uit in het arrest *Van Hove*, die een prestatie vastleggen van het contractuele kader waarvan zij deel uitmaken, en als zodanig kenmerkend zijn voor dat kader. HvJ EU 23 april 2015, C-95/14, ECLI:EU:C:2015:262, *TAV* 2015/1 m.nt. K. Engel, *NTHR* 2015, p. 199 e.v. m.nt. M.L. Hendrikse en *TvC* 2016, p. 80 e.v. m.nt. M.R. van Dam *Van Hove/CNP Assurances SA*, rov. 38.
- 205 HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 (*Assoud/SNS*).
- 206 Aldus Uw Raad in genoemd arrest *Assoud/SNS* met verwijzing naar *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1521 (MvT Inv.) en 1527 (MvA II Inv.).
- 207 HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 (*Assoud/SNS*) en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, *NJ* 2004/567 m.nt. Jac. Hijma (*Parkwoningen Hoge Weide*).
- 208 Aldus Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 17 en eerder onder meer ook al R.M. Vriesendorp-van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 177-179. Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot (ECLI:NL:PHR:2010:BL6024) voor HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6024, *NJ* 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*X./Fortis ASR Schadeverzekeringen NV*), randnummer 3.21.
- 209 Bedoeld wordt dat de beperkingen (van het verzekerde risico) als kernbeding gelden omdat die de premiestelling beïnvloeden, vgl. de authentieke Engelse tekst: “(...) whereas it follows, inter alia, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer’s liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer” (cursief toegevoegd, A-G).
- 210 Volgens de parlementaire geschiedenis zijn “alle polisbepalingen die te zamen de omvang van de dekking regelen” kernbedingen (*Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 152 (MvT Inv.) en 1527 (MvA II Inv.)). Zie ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot (ECLI:NL:PHR:2010:BL6024) voor HR 23 april 2010,

- ECLI:NL:HR:2010:BL6024, NJ 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*X/Fortis ASR Schadeverzekeringen NV*), randnummer 3.21.
- 211 Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX**, *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 179.
- 212 M.M.R. van Ardenne-Dick en N. van Tiggele-van der Velde, 'Verzekeringsovereenkomsten', in E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2015, p. 262.
- 213 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 14-14b.
- 214 B. Wessels, R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.9 (R.H.C. Jongeneel).
- 215 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.3.14-4.3.34.
- 216 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, AR 2016/2542 (*X/Achmea*), rov. 2.9: "(...) 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 eenzijdig 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 (zoals ook de rechtbank in het bestreden vonnis) alleen nagaat of Achmea in redelijkheid (volgens het vonnis: op zorgvuldige wijze) tot dat oordeel heeft kunnen komen." De rechtbank Rotterdam is over een (vrijwel) gelijklopend beding als het onderhavige, hoewel art. 7:900 BW niet wordt genoemd, tot een vergelijkbaar oordeel gekomen (Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X/Amersfoortse*), rov. 4.13): "Dit komt erop neer dat De Amersfoortse als partij eenzijdig het recht heeft om de mate van arbeidsongeschiktheid te bepalen en – daarmee samenhangend – de mate waarin zij tot uitkering is gehouden, terwijl op grond van de polis (voorwaarden) geen mogelijkheid voor verzekerde bestaat om daar invloed op uit te oefenen."
- 217 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 4.3.35-4.3.38.
- 218 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 4.3.12.
- 219 Asser Bijzondere overeenkomsten/A.C. van Schaick, *Deel 7-VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen e.a.*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 133.
- 220 Asser Bijzondere overeenkomsten/A.C. van Schaick, *Deel 7-VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen e.a.*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 140.
- 221 Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 106.
- 222 Brochures 'Arbeidsongeschiktheid en re-integratie' en 'U bent ondernemer en arbeidsongeschikt', producties 1a en 1b van Nationale-Nederlanden.
- 223 Protocolen 2011 en 2016, randnummer 3.3 onder b).
- 224 Aldus ook schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 4.3.34.
- 225 Opmerkingen [eiser] n.a.v. schriftelijke opmerkingen zijdens Nationale-Nederlanden, randnummer 3.9.
- 226 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 4.3.35 e.v.
- 227 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 4.3.36.
- 228 Protocolen 2011 en 2016, randnummer 3.3 onder b).
- 229 Schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummer 2.3. Verwezen wordt naar de conclusie van A-G Spier (ECLI:NL:PHR:2005:AS4406) voor HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, *RvdW* 2005/75 en *JA* 2005/65 m.nt. M.S.A. Vegter (*Bakker/Zee Electronics*), randnummers 3.2.1 e.v.
- 230 Zie hierover E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 335-361, E.J. Wervelman, 'De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 24, N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, nrs. 6.2 en 7.2.1 en Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX**, *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 300-307 en 319-330.
- 231 Zie artikel 5 van deze polisvoorwaarden van Nationale-Nederlanden, randnummer 2.3 van deze conclusie, hiervoor.
- 232 Zie de beschrijving van het beoordelingsproces en de taken van de verschillende deskundigen in Rb. Utrecht 21 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2391 (*X/Movir*), een uitspraak die met instemming wordt genoemd door E.J. Wervelman, 'De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 24.6.2.
- 233 Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde, F.R. Salomons, *Deel 7-IX**, *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 305-306.
- 234 N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, nr. 7.2.1 en E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 401.
- 235 In het geval van een schadeverzekering zou de verzekeringnemer aan art. 7:959 BW mogelijk een recht kunnen ontleen op vergoeding van zijn expertisekosten. Die bepaling lijkt echter alleen te zien op kosten die gemaakt zijn ter vaststelling van de omvang van de schade en niet op kosten die worden gemaakt om te bewijzen dat een aanspraak op uitkering bestaat. Zie M. de Vries, 'Andermaal over de kosten van consumentverzekerde voor schade-expertise', *AV&S* 2017, p. 197-198.
- 236 In art. 198 lid 3 Rv ligt besloten dat de gegevens die door een partij aan de deskundige zijn verstrekt ook aan haar wederpartij worden verschaft. In beginsel geldt dat niet voor medische gegevens: de persoon om wie het gaat, kan zich dan beroepen op zijn blokkeringsrecht als neergelegd in art. 7:464 lid 2, aanhef en onder b, BW. Dat is echter anders als de wederpartij een verzekeraar is die beschikt over een medisch adviseur, hetgeen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeraars het geval is. De medisch adviseur is dan uit hoofde van zijn medisch beroepsgeheim verplicht deze gegevens vertrouwelijk te behandelen. Zie HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5626, NJ 2010/542 m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen onder NJ 2010/543, JA 2008/72 (*Fortis ASR Schadeverzekeringen NV/X*) en ook H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2013, p. 226-229.
- 237 H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2013, p. 218-221.
- 238 Zie hierover E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 354-361.
- 239 Schriftelijke opmerkingen [eiser], randnummers 2.32 en 2.37.
- 240 Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), *Jaarverslag 2007 van de Ombudsman Financiële Dienstverlening*, p. 15.
- 241 Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), *Jaarverslag 2005 van de Ombudsman Financiële Dienstverlening*, p. 26.
- 242 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening Kifid 13 mei 2014, nr. 2014-193. Dit lijkt tot nog toe de enige uitspraak over dit onderwerp.
- 243 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening Kifid 13 mei 2014, nr. 2014-193, randnummer 4.4.
- 244 RvT Verzekeringen 21 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AX7477, VR 2006/69.
- 245 RvT Verzekeringen 21 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AX7477, VR 2006/69, nr. 1 (onder "Het oordeel van de Raad". Volgens Leerink is hetgeen hier wordt vooropgesteld vaste praktijk onder verzekeraars. Dat blijkt echter niet uit de uitspraak. Dat de Raad het belangrijk vond een dergelijke vooropstelling op te nemen en vervolgens werd goedgekeurd dat de verzekeraar in strijd met het vooropgestelde had gehandeld, suggereert eerder dat het *niet* om een vaste praktijk gaat. Zie P. Leerink, 'Oneerlijke bedingen in de arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV)', *TAV* 2016, p. 163 e.v.
- 246 E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 356.
- 247 Verbond van Verzekeraars, *Protocol bij claim op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen* (2016), randnummer 2.2, Verbond van Verzekeraars, *Schadeprotocol bij Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen* (2011), randnummer 2.2. In het Protocol uit 2001, dat vooral beschrijvend is en minder gericht op de rol en de rechten van de verzekerde, staat alleen dat de verzekeraar een bezoek door een arbeidsdeskundige regelt en daarnaast onafhankelijk (medisch) specialistisch onderzoek kan laten verrichten. Zie Verbond van Verzekeraars, *Schadeprotocol arbeidsongeschiktheidsverzekeringen* (2001), p. 6 en 7.
- 248 Ook de beschrijving van de bezwaarprocedure in de Protocolen ziet alleen op bezwaren tegen het standpunt van de verzekeraar (Protocolen 2011 en 2016, randnummer 3.1; Protocol 2001, p. 10).
- 249 *Handboek Personenschade*, nr. 4210.5.1. (A.J. Van).
- 250 Dat de verhouding tussen bij de afwikkeling van de schade betrokken partijen door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst en dat dit niet zonder (rechts)gevolg

- blijft, wordt steeds vaker opgetekend. Zie S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht* (Van Maanen-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 239 e.v., A. Akkermans, 'Think Rehab!', in A.J. Akkermans e.a., *Je geld of je leven terug. Vergoeding in natura*, LSA, Den Haag Bju 2015, p. 11 e.v. en ook A-G Van Peurse in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:148) voor HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:646, *RvdW* 2018/541 (*X/Nationale-Nederlanden*), randnummers 2.9.2.10 steeds met verder verwijzingen.
- 251 A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2479, *NJ* 1998/98 (*Oomen/Interpolis*), randnummer 2.3.
- 252 Zie randnummer 4.5, hiervoor, en G.J.J. Heerma van Voss en B. Barentsen, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag Bju 2017, p. 300-302.
- 253 Met name EHRM 8 oktober 2015, zaaknummer 77212/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, (*Korosec t. Slovenië*). Zie over dat arrest en zijn consequenties onder meer J. Faas, W. Bouwens, A. Akkermans en T. Schellart, 'Equality of arms en quality of arms in arbeidsongeschiktheidszaken', *Expertise & Recht* 2018, p. 115-124, D. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korosec-arrest', *NJB* 2017, p. 581-588, T. Barkhuysen, 'Knelpunten bij de inzet van deskundigen in het bestuursrecht', *NJB* 2016, p. 2231 en B.J. van Eetkoven, 'De betekenis van de uitspraak Korosec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2016, p. 54-61.
- 254 CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, *USZ* 2017/326 m.nt. E. van den Bogaard, *Ars Aequi* 2017, p. 723 e.v. m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille, *JE* 2017/163 m.nt. A.M.M.M. Bots, *RSV* 2017/151 m.nt. W.A. Faas, *JWWB* 2017/212 m.nt. B.T. Tonino, *AB* 2017/366 m.nt. L.M. Koenraad en *AB* 2017/367 m.nt. A.M.L. Jansen.
- 255 Zie A.T. Marseille en H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag Bju 2016, p. 283.
- 256 CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, *USZ* 2017/326 m.nt. E. van den Bogaard, *Ars Aequi* 2017, p. 723 m.nt. K.J. de Graaf en A.T. Marseille, *JB* 2017/163 m.nt. A.M.M.M. Bots, *RSV* 2017/151 m.nt. W.A. Faas, *JWWB* 2017/212 m.nt. B.T. Tonino, *AB* 2017/366 m.nt. L.M. Koenraad en *AB* 2017/367 m.nt. A.M.L. Jansen.
- 257 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2017/164 m.nt. C.W.M. Lieveise (*A./Dexia*), rov. 3.7.1-3.7.8.
- 258 De waardering van bewijs is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, en de rechter heeft daarbij een grote mate van vrijheid. Zie onder meer HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, *NJ* 2004/74 (*Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd*). Zie verder over de bewijskracht van partijdeskundigenrapporten, mede in het licht van bezwaren omtrent partijdigheid van de deskundige, *Handboek Personenschade*, nr. 4210.3.5. (A.J. Van).
- 259 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, *AR* 2016/2542 (*X/Achmea*), rov. 2.9, Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X/Amersfoortse*), rov. 4.13.
- 260 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941, *AR* 2016/2542 (*X/Achmea*) rov. 2.9.
- 261 Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X/Amersfoortse*).
- 262 Schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummer 5.1.3.
- 263 Protocol 2001, p. 210.
- 264 Protocol 2016, nr. 3.1.
- 265 Volgens Wervelman is daarvan bijvoorbeeld sprake bij een "herkeuring" in de zin van art. 12 Wet op de medische keuringen. Zie E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 189.
- 266 Zie Verbond voor Verzekeraars, *Codewijzer Zelfregulering*, 2017, p. 17.
- 267 Dat de Richtlijn niet bepaalt dat bewijsrechtelijke consequenties moeten volgen is dus op zichzelf niet van betekenis (schriftelijke opmerkingen Nationale-Nederlanden, randnummers 6.2.1 e.v.).
- 268 Aldus reeds Wervelman in zijn *JA*-noot bij het reeds besproken Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60, die dit overigens juridisch onhoudbaar acht.
- 269 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans, *JA* 2014/65 m.nt. M.H.J. Lubbers en P. Oskam en *JIN* 2014/113 m.nt. R.D. Leen.
- 270 H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2013 p. 234.
- 271 H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2013, p. 218 en Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2017, nrs. 256 en 267. Vgl. over een beweerdelijk gebrek aan onpartijdigheid van een door de rechter benoemde deskundige HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1067, *NJ* 2014/310 (*C./Hallmark Cards*).
- 272 Rb Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380, *JA* 2017/60 m.nt. E.J. Wervelman (*X/Amersfoortse*), rov. 4.17 e.v.
- 273 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, *AR* 2016/1012 (*X/Achmea*), rov. 4.12 e.v.
- 274 Indien nodig wordt een benoemde deskundige dan ook voorzien van een kopie van het procesdossier, waarin zich reeds opgemaakte rapportages zullen bevinden, die immers als productie in het geding worden gebracht. Zie de *Leidraad deskundigen in civiele zaken*, p. 18-20 (www.rechtspraak.nl).
- 275 Zie onder andere G de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, diss., Deventer: Kluwer 2008, p. 286-290.