

weggelopen, maar is de confrontatie aangegaan en heeft, zoals hij zelf bij de politie heeft verklaard, ook enkele klappen uitgedeeld. Nu [eiser] zich niet onbetuigd heeft gelaten is de (verdere) mishandeling door de conducteur mede het gevolg van een aan [eiser] toe te rekenen omstandigheid in de zin van artikel 6:101 BW. De rechtbank stelt de eigen schuld van [eiser], rekening houdend met de omstandigheden van het geval, waaronder het feit dat de conducteur, na afloop van de worsteling met [eiser], [eiser] nog onverwacht en hard tegen het hoofd heeft geslagen, op 25%.

4.19. Dat leidt tot de slotsom dat Securitas en de R.E.T. gehouden zijn tot vergoeding van 75% van de schade die voor [eiser] voortvloeit uit de mishandeling door de conducteur. De rechtbank zal de gevorderde verklaring voor recht dat Securitas en de R.E.T. hoofdelijk schadeplichtig zijn toewijzen tot genoemde 75%.

4.20. Voor toepassing van de billijkheidscorrectie is geen plaats.

4.21. Securitas en de R.E.T. zullen als de in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk, nu dit niet is weersproken, in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiser] worden begroot op:

- dagvaarding € 94,08
- griffierecht € 288,=
- salaris advocaat € 904,= (2,0 punt x tarief € 452,=)

Totaal € 1.286,08

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat Securitas en de R.E.T. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor 75% van de schade die [eiser] heeft geleden als gevolg van de mishandeling op 16 december 2013 en dat zij gehouden zijn deze schade voor 75% aan [eiser] te vergoeden;

5.2. veroordeelt Securitas en de R.E.T. hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op € 1.286,08;

5.3. verwijst de zaak voor begroting van de schade naar de schadestaatprocedure;

5.4. verklaart dit vonnis ten aanzien van de daarin opgenomen veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

Verzekeringen

60

Rechtbank Rotterdam
23 november 2016, nr. C/10/495183/HA ZA
16-166, ECLI:NL:RBROT:2016:9380
(mr. Van den Bergh)
Noot mr. dr. E.J. Wervelman

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Mate van arbeidsongeschiktheid. Oneerlijk beding Richtlijn 93/13/EEG.

[Richtlijn 93/13/EEG]

Verzekerde, eigenaar van een drukkerij, meldde zich op 13 september 2010 arbeidsongeschikt met klachten aan de handen wegens de ziekte van Dupuytren. Verzekeraar keerde aanvankelijk volledig uit. Verzekeraar liet aansluitend medisch en arbeidsdeskundig onderzoek verrichten. Daaruit volgde het uiteindelijke besluit van verzekeraar om verzekerde vanaf 10 februari 2015 minder dan 25% arbeidsongeschikt in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden te achten en de uitkering daarom te staken. Verzekerde maakte daartegen bezwaar onder overlegging van een eenzijdig rapport van een arbeidsdeskundige. Verzekeraar zag echter geen grond voor heroverweging. Verzekerde nam daarmee geen genoegen en dagvaardde verzekeraar door, kort gezegd, te betogen dat de mate van arbeidsongeschiktheid onzorgvuldig was vastgesteld.

[Eiser] te [woonplaats],
eiser,
advocaat: mr. K.F.J. Machielsens te Utrecht,
tegen
de naamloze vennootschap NV Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij te Amersfoort,
gedaagde,
advocaat: mr. B. Holthuis te Deventer.

Partijen zullen hierna “[eiser]” en “De Amersfoortse” genoemd worden.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiser], geboren op [geboortedatum], was werkzaam in een drukkerij waarvan hij eigenaar was. [eiser] heeft door middel van een op 10 januari 2003 ondertekend formulier een “arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandig ondernemers en DGA’s” aangevraagd bij De Amersfoortse. Deze aanvraag is gehonoreerd, waarop de “Arbeidsongeschiktheidsverzekering Uitgebreid Combi” op 7 mei 2003 is ingegaan. Deze polis bood onder meer een periodieke uitkering bij arbeidsongeschiktheid. Als verzekerd beroep is “eigenaar drukkerij” vermeld. Op de overeenkomst zijn de verzekeringsvoorwaarden “Polismodel 164” van toepassing verklaard, alsmede clausule 102 (geïndexeerde uitkering) en 41 (Combitarief).

2.2. Sinds 2009 ervaart [eiser] klachten aan zijn handen, aanvankelijk alleen aan zijn rechterhand, maar later ook links. Vanwege deze klachten heeft [eiser] in 2009 een leerling drukker aangenomen, die veel van het belastende werk in de drukkerij verrichtte. In 2010 is bij [eiser] de ziekte van Dupuytren vastgesteld. Op 13 september 2010 is [eiser] geopereerd aan zijn rechterhand. Per deze datum heeft [eiser] zich arbeidsongeschikt gemeld bij De Amersfoortse. De Amersfoortse heeft [eiser] een uitkering verstrekt op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid (100% van de jaarrente).

2.3. In verband met het weer opbouwen van de werkzaamheden is het percentage arbeidsongeschiktheid van [eiser] vanaf januari 2011 door De Amersfoortse aangepast naar 65-80% (uitkering bedroeg 75% van de jaarrente).

2.4. Op 31 januari 2011 heeft [arbeidsdeskundige 1] (hierna: [arbeidsdeskundige 1]) een arbeidskundig rapport opgemaakt. [arbeidsdeskundige 1] stelde voor de uitkering op basis van 65-80% arbeidsongeschiktheid te handhaven en adviseerde de inzet van een ergotherapeut om mogelijke aanpassingen van het werk te onderzoeken. Naar aanleiding van haar onderzoek op 17 februari 2011 heeft ergotherapeut [ergotherapeut] mogelijke aanpassingen van het werk van [eiser] in kaart gebracht. In haar rapportage van 11 augustus 2011 gaf [ergotherapeut] echter te kennen dat er geen aanpassingen geprobeerd zouden worden, vanwege het geringe vertrouwen bij [eiser] dat de voorgestelde aanpassingen tot een werkbare oplossing zouden leiden.

2.5. In haar brief van 12 december 2011 meldde De Amersfoortse [eiser] dat, nu het rapport van haar controlerend arts van 2 december 2011 was gebleken dat [eiser] zijn werkzaam volledig had hervat, er geen sprake meer is van arbeidsongeschiktheid van ten minste 25%. De uitkering is daarom per 2 december 2011 gestaakt. [eiser] heeft bezwaar gemaakt tegen deze beslissing van De Amersfoortse. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een klein geneeskundig onderzoek door plastisch, reconstructief en handchirurg [chirurg] (rapport van 26 mei 2013) en een aanvullende arbeidskundige rapportage door [arbeidsdeskundige 1] van 2 juli 2013. In haar brief van 23 juli 2013 gaf De Amersfoortse te kennen dat het arbeidsongeschiktheidspercentage met terugwerkende kracht per 2 december 2011 op 55-65% werd bepaald (uitkering bedroeg 60% van de jaarrente).

2.6. In de arbeidskundige vervolgrapportage van 18 november 2013 concludeerde [arbeidsdeskundige 1] dat [eiser] grotendeels geschikt was voor zijn werk (30% arbeidsongeschikt). Omdat de beperkingen volgens [eiser] een grotere omvang hadden, verzocht De Amersfoortse verzekeringsarts [verzekeringsarts] (hierna: [verzekeringsarts]) een verzekeringsgeneeskundige expertise uit te voeren. In zijn rapport van 31 januari 2014 schreef [verzekeringsarts] onder meer:

“Ondergetekende constateert dat er sprake is van een klachtenpatroon passend bij een status na operatie wegens een tendovaginitis stenosans (peesschedeontsteking van de vinger, toevoeging rechtbank) ter hoogte van de rechter ringvinger en tendovaginitis stenosans ter hoogte van de linker middelvinger en ringvinger links.

Sprekend over de beperkingen is ondergetekende van mening dat patiënt is aangewezen op arbeid, waarbij beperkingen gelden ten aanzien van intensief gebruik van de handen in de vorm van activiteiten waarbij de rechter ringvinger en linker middelvinger, ringvinger en pink zwaar belast worden.

Omdat uitvoeren van de cilinder en bolgreep impliceren dat hierbij zowel de ringvinger/middelvinger als pink belast worden gelden er beperkingen ten aanzien van activiteiten met name in de vorm van hanteren van cilindergreep en bolgreep. Daarnaast gelden er beperkingen ten aanzien van frequente directe druk op de binnenzijde van de linkerhand (bedoeld is rechterhand, toevoeging rechtbank), ter hoogte van het operatielitteken.

Voor een uitgebreide omschrijving van de beperkingen wordt verwezen naar bijgevoegde beperkingenlijst (...).”

Op de beperkingenlijst heeft [verzekeringsarts] de volgende beperkingen aangegeven:

- Trillingsbelasting: beperkt, namelijk hoogfrequente directe schokken/druk op binnenzijde van beide handen
- Lokalisatie beperkingen: tweezijdig
- Hand- en vingergebruik:
 - o beperkt, kan bolgreep niet hoogfrequent en met veel kracht uitoefenen
 - o beperkt, kan cilindergreep niet hoogfrequent en met veel kracht uitoefenen
- Schoefbewegingen met de hand en arm: beperkt, namelijk zie [Hand- en vingergebruik]
- Duwen of trekken: beperkt, kan ongeveer 10 kg. duwen of trekken
- Tillen of dragen: licht beperkt, kan ongeveer 10 kg. tillen of dragen
- Frequent lichte voorwerpen hanteren tijdens het werk: licht beperkt, kan zo nodig tijdens elk uur van de werkdag ongeveer 300 keer voorwerpen van ruim 1 kg. hanteren
- Frequent zware lasten hanteren tijdens het werk (ongeveer 10 keer per uur): beperkt, kan niet tijdens ongeveer een uur per dag frequent lasten van ongeveer 15 kg. hanteren
- Specifieke voorwaarden voor het dynamisch handelen in arbeid:
 - o Tillen 25 keer/uur 10 kg
 - o Dragen 3 uur/werkdag 10 kg

2.7. De Amersfoortse heeft vervolgens arbeidsdeskundige [arbeidsdeskundige 2] (hierna: [arbeidsdeskundige 2]) verzocht om, op basis van de door [verzekeringsarts] vastgestelde beperkingen, de mate van arbeidsongeschiktheid voor de verzekerde werkzaamheden van [eiser] vast te stellen. In zijn rapport van 24 maart 2014 concludeerde [arbeidsdeskundige 2] als volgt:

“[Verzekerde] heeft handklachten en na een medische expertise heeft onze medisch adviseur aangegeven dat de door de specialist genoemde beperkingen hier van toepassing zijn.

Op basis van de beperkingen schat ik de arbeidsongeschikt minder dan 25%. Verzekerde acht zichzelf voor meer dan 80% arbeidsongeschikt. Hij is wel de hele week op het bedrijf aanwezig.”

2.8. In de brief van 2 april 2014 gaf De Amersfoortse [eiser] te kennen dat, hoewel [arbeidsdeskundige 2] de medisch aantoonbare beperkingen heeft vastgesteld op minder dan 25% (de ondergrens

van de uitkering) zij, het geheel overziend, [eiser] tegemoet wilde komen door de arbeidsongeschiktheid per 20 maart 2014 in te delen in de klasse 25-35% (de uitkering bedraagt in dat geval 30% van de jaarrente). [eiser] maakte bezwaar tegen deze beslissing, dat door De Amersfoortse is afgewezen. Naar aanleiding van informatie van de controlerend arts en huisarts en specialist van [eiser], heeft De Amersfoortse in haar brief van 25 juli 2014 [eiser] echter laten weten dat de mate van arbeidsongeschiktheid vanaf 20 maart 2014 toch op 55-65% gesteld wordt.

2.9. Tijdens overleg tussen partijen heeft De Amersfoortse voorgesteld om de arbeidsdeskundige beoordeling door een derde partij (Bureau Terzet) te laten doen. [eiser] heeft daarop te kennen gegeven dat hij zelf een arbeidsdeskundige zou inschakelen. De Amersfoortse heeft verder verzekeringsarts [verzekeringsarts] gevraagd [eiser] opnieuw te onderzoeken. Van de zijde van [eiser] is bezwaar gemaakt tegen de tweede expertise door [verzekeringsarts], maar dit is door De Amersfoortse van de hand gewezen. Het tweede verzekeringsgeneeskundig onderzoek door heeft op 13 januari 2015 plaatsgevonden. [verzekeringsarts] schreef in zijn rapport van 27 januari 2015 onder meer het volgende:

“Patiënt wordt op 16 januari 2015 nog behandeld in de vorm van een microchirurgische ingreep (...) aan de binnenzijde van de linkerhand. (...)

Ondergetekende concludeert dat ten opzichte van het onderzoek d.d. 20 januari 2014 er sprake is van een gewijzigd klachtenpatroon inhoudende dat de pijnklachten ter hoogte van de linkerhand zijn toegenomen. De bevindingen bij onderzoek van de handen d.d. 13 januari 2015 zijn conform de bevindingen bij onderzoek d.d. 20 januari 2014. Sprekend over de beperkingen is ondergetekende van mening dat op basis van de bevindingen ten tijde van liet verzekeringsgeneeskundig deskundigenonderzoek d.d. 13 januari 2015 uitgegaan kan worden van de beperkingen zoals geformuleerd in het verzekeringsgeneeskundig deskundigenrapport d.d. 31 januari 2014. Er is onvoldoende aanleiding om uit te gaan van een substantiële toename van de beperkingen zoals genoemd in de beperkingenlijst d.d. 31 januari 2014.

Wellicht als aanvulling merkt ondergetekende op dat de activiteiten in de vorm van duwen, trekken, tillen of dragen maximaal 10 kg mogelijk zijn.

Verder dient rekening gehouden te worden met een tijdelijke toename van de beperkingen verband houdende met de ingreep d.d. 16 januari 2015.

Ondergetekende adviseert arbitrair uit te gaan van een periode van volledige arbeidsongeschiktheid vanaf 16 januari 2015 tot 10 februari 2015. Tevens adviseert ondergetekende ongeveer één maand na genoemde ingreep informatie op te vragen bij de behandelend plastisch chirurg, dit ten einde het effect van de ingreep te kunnen beoordelen.

Verder heeft ondergetekende uitgebreid met patiënt gesproken over het verschil van visie tussen hem en De Amersfoortse met betrekking tot het arbeidsongeschiktheidspercentage.

Omdat patiënt aangaf dat hij voor uitval voor zijn werkzaamheden als drukker een substantieel deel van zijn werkzaamheden bestonden uit het uitladen/klaarmaken van bestellingen etc., heeft ondergetekende heeft patiënt ter overweging gegeven te onderzoeken of hij de fysiek zware, eenvoudige fysiek belastende activiteiten kan uitbesteden aan een goedkopere kracht zodat hij zich kan concentreren op de specifieke specialistische werkzaamheden als drukker.”

2.10. In verband met de hierboven genoemde ingreep heeft De Amersfoortse vanaf 16 januari 2015 uitgekeerd op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. In haar brief van 6 maart 2015 heeft De Amersfoortse laten weten dat zij [eiser] vanaf 10 februari 2015 minder dan 25% arbeidsongeschikt acht en daarom de uitkering zal staken. De uitkering (van 100%) is feitelijk per 6 maart 2015 gestopt.

2.11. In de brief van 21 april 2015 aan De Amersfoortse schreef zijn advocaat dat [eiser] nog steeds 80-100% arbeidsongeschikt is. De advocaat laat voorts weten dat [eiser], wegens de voortdurende arbeidsongeschiktheid, heeft moeten besluiten tot verkoop van zijn bedrijf per 1 juni 2015.

2.12. In reactie op de voorgenomen bedrijfsbeëindiging schreef De Amersfoortse in haar brief van 24 april 2015 het volgende aan [eiser]:

“Wij namen kennis van het besluit van de heer [eiser] om zijn bedrijf per 1 juni 2015 te verkopen. Graag informeer ik u over de gevolgen voor de polis.

Vanaf het moment dat de heer [eiser] zijn bedrijf stopt, is er geen sprake meer van een verzekeraar belang. Hij krijgt immers geen inkomen meer uit

het bedrijf, dus dit inkomen valt met een arbeidsongeschiktheidsverzekering ook niet meer te verzekeren. Wij stellen dan ook voor dat de heer [eiser] met zijn verzekeringsadviseur overlegt of hij deze verzekering nog wil voortzetten.

Het recht op een lopende uitkering blijft na beëindiging van het bedrijf uiteraard bestaan. (...)”

2.13. De verkoop van het bedrijf van [eiser] heeft op 1 juni 2015 plaatsgevonden. De advocaat van [eiser] heeft in de brief van 28 augustus 2015 het standpunt ingenomen dat De Amersfoortse de arbeidsongeschiktheid niet zorgvuldig heeft beoordeeld en dat [eiser] een uitkering dienst te ontvangen op grond van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%, dan wel dat een medische herbeoordeling dient plaats te vinden. [eiser] heeft tevens te kennen gegeven dat er nog steeds sprake is van verzekeraar belang en dat de verzekeringsovereenkomst daarom voortgezet dient te worden. Bij de brief is een rapport gevoegd van de door [eiser] ingeschakelde arbeidskundige [arbeidsdeskundige 3] (hierna: [arbeidsdeskundige 3]) van 15 april 2015. [arbeidsdeskundige 3] maakt enkele kanttekeningen bij de conclusies van [arbeidsdeskundige 2] in het rapport van 24 maart 2014 en stelt dat de mate van arbeidsongeschiktheid pas vastgesteld kan worden wanneer de medische belastbaarheid nauwkeuriger wordt omschreven in termen van duur, volume en recuperatietijd.

2.14. De Amersfoortse heeft in haar brief van 7 oktober 2015 laten weten dat er door de verkoop van de drukkerij geen sprake meer is van een verzekeraar belang, waardoor zij de verzekering per 1 juni 2015 heeft beëindigd. De Amersfoortse heeft in de brief voorts te kennen gegeven dat zij geen grond ziet voor heroverweging van de eerdere medische en arbeidskundige conclusies.

3. Het geschil

3.1. [eiser] vordert – verkort weergegeven – zo veel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

1. te verklaren voor recht dat [eiser] op en na 2 december 2011 in beroepsarbeidsongeschiktheidsklasse 80-100% valt, althans dat hij in een in goede justitie te bepalen beroepsarbeidsongeschiktheidsklasse valt;

2. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen vanaf 2 december 2011 een uitkering naar 100%, althans naar een in goede justitie te

bepalen percentage, gebaseerd op een verzekerde som van € 30.689,= per jaar, onder aftrek van hetgeen De Amersfoortse reeds heeft betaald;

3. De Amersfoortse te veroordelen om de onder sub 2 verschuldigde uitkering met ingang van 13 september 2011 jaarlijks te indexeren conform clause 102;

4. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over de onder 2 veschuldigde uitkeringen telkens ingaande na afloop van de vierkennende periode waarop de uitkering betrekking heeft;

5. te verklaren voor recht dat [eiser] op en na 13 september 2011 recht heeft op premievrijstelling naar rato van de mate van zijn beroepsarbeidsongeschiktheid;

6. De Amersfoortse te veroordelen om aan eiser te betalen de premies die hij vanaf 13 september 2011 onverschuldigd heeft betaald;

7. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over vanaf 13 september 2011 onverschuldigd betaalde premies telkens vanaf het moment van betaling daarvan door [eiser] tot het moment van terug betaling daarvan door De Amersfoortse;

8. te verklaren voor recht dat De Amersfoortse de polis niet kon opzeggen;

9. De Amersfoortse te veroordelen om binnen 2 dagen na betekening van het vonnis de polis met terugwerkende kracht per 1 juni 2015 op de oude voorwaarden te herstellen en daarvan een polisblad aan [eiser] te verstrekken, zulks op straffe van een dwangsom van € 200,= per dag voor iedere dag dat gedaagde daarmee nadien in gebreke blijft;

10. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen een bedrag van € 2.945,14, althans € 904,=, wegens buitengerechtigde kosten, vermeerderd met de wettelijke rente ingaande datum dagvaarding tot dit bedrag geheel zal zijn voldaan;

11. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen een bedrag van € 1.409,75 wegens kosten van medisch advies, vermeerderd met de wettelijke rente ingaande datum dagvaarding tot dit bedrag geheel zal zijn voldaan;

12. De Amersfoortse te veroordelen om aan [eiser] te betalen een bedrag van € 1.179,75 wegens kosten van arbeidsdeskundig advies, vermeerderd met de wettelijke rente ingaande datum dagvaarding tot dit bedrag geheel zal zijn voldaan;

13. Gedaagde te veroordelen in de proceskosten, inclusief nakosten en wettelijke rente;

Subsidiar:

14. om ingevolge artikel 194 Rv deskundigen te benoemen om vervolgens de onder 1 tot en met 13 gevorderde verklaringen en veroordelingen uit te spreken.

3.2. [eiser] heeft ter onderbouwing van zijn vorderingen gesteld – kort weergegeven – dat de mate van arbeidsongeschiktheid door De Amersfoortse onzorgvuldig en onjuist is vastgesteld. Vanwege zijn arbeidsongeschiktheid stond het [eiser] op grond van de polisvoorwaarden vrij om zijn bedrijf te beëindigen.

3.3. De Amersfoortse voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen. Zij voert hiertoe aan – kort weergegeven – dat het uitgevoerde medisch en arbeidsdeskundig onderzoek, waarop zij haar standpunt baseert, voldoende zorgvuldig is verricht. Door de beëindiging van het bedrijf is er geen verzekerbaar belang meer, waardoor het De Amersfoortse vrij stond de verzekering op grond van artikel 22.2 van de polisvoorwaarden te beëindigen.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Beoordeeld moet worden in hoeverre [eiser] arbeidsongeschikt is in de zin van de polis (de vordering onder 1) in de periode vanaf 2 december 2011. In artikel 4 van de algemene voorwaarden is het begrip arbeidsongeschiktheid als volgt omschreven:

“Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake, indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren. Onverminderd het hierboven bepaalde wordt arbeidsongeschiktheid aanwezig geacht, indien de verzekerde voor ten minste 25% ongeschikt is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep, zoals dat voor deze beroeps werkzaamheden in de regel en redelijkerwijs van hem kan worden verlangd. Aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden alsmede taakverschuivingen binnen het eigen bedrijf worden daarbij betrokken.”

Objectief medisch vast te stellen stoornis

4.2. Door De Amersfoortse is erkend dat [eiser] lijdt aan de ziekte van Dupuytren aan zowel zijn rechter- als linkerhand. [eiser] is aan beide handen geopereerd. Onder meer door [chirurg] (hierna:

[chirurg]) is vastgesteld dat het litteken van de operatie aan zijn rechterhand pijnlijk is. Daarnaast is door [chirurg] in zijn rapport van 16 mei 2013 vastgesteld dat er sprake is van een tendovaginitis stenosans ("trigger finger") ter plaatse van de ringvinger rechts en de middelvinger links. Verder wordt in verschillende stukken melding gemaakt van een carpaal tunnel syndroom (onder meer in de aantekeningen van een controle door [chirurg] op 4 juli 2014, productie 35 bij dagvaarding). Uit de overgelegde stukken blijkt niet of de tendovaginitis stenosans en het carpaal tunnel syndroom op enige wijze gerelateerd zijn aan de ziekte van Dupuytren. Voor de procedure is dit echter niet van belang, nu De Amersfoortse de aanwezigheid van deze twee aandoeningen niet heeft betwist. Hierdoor staat in deze procedure voldoende vast dat er sprake is van objectief medisch vast te stellen stoornissen in relatie tot ziekte. Tussen partijen staat niet ter discussie dat [eiser] als gevolg van de hierboven genoemde stoornissen in enige mate is beperkt in zijn functioneren: in geschil is immers of er sprake is van zodanige beperkingen dat [eiser] arbeidsongeschikt moet worden geacht.

4.3. In de dagvaarding maakt [eiser] bezwaar tegen de inhoud en wijze van totstandkoming van verschillende verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige rapporten en stelt (subsidiar) dat de rechtbank nieuwe deskundigen dient te benoemen. Ter zitting heeft [eiser] in dat verband gesteld dat er een nieuwe medische expertise door een plastisch chirurg plaats dient te vinden, ter onderbouwing waarvan hij verwijst naar de brief van zijn medisch adviseur [medisch adviseur] (hierna: [medisch adviseur]) van 4 januari 2016 (productie 43 bij dagvaarding) en het rapport van [arbeidsdeskundige 3]. De rechtbank ziet daar geen aanleiding toe op grond van het volgende. Hierboven is reeds vastgesteld dat bij [eiser] sprake is van objectief medisch vast te stellen stoornissen die tot beperkingen leiden. Daarmee is aan de eerste eis van artikel 4 van de polis voldaan. Het bezwaar van [medisch adviseur] ziet erop dat beperkingen van [eiser] niet juist zijn vastgesteld. Het vaststellen van beperkingen ligt echter op het terrein van de verzekeringsgeneeskundige en niet op dat van de plastisch chirurg. Het laten uitvoeren van een nieuwe medische expertise biedt derhalve geen oplossing voor het door [medisch adviseur] geuite bezwaar. Hetzelfde geldt voor het rapport van [arbeidsdeskundige 3]. Hierin wordt geconcludeerd dat de medische be-

lastbaarheid door [verzekeringsarts] onvoldoende nauwkeurig is omschreven. Ook dit betreft het vaststellen van (de omvang van) de beperkingen, waar een verzekeringsarts over oordeelt.

Vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid
4.4. Thans moet beoordeeld worden in hoeverre [eiser] als gevolg van de hierboven genoemde stoornissen ongeschikt is voor het werk als offset drukker. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat (kort gezegd) de mate van arbeidsongeschiktheid kan worden verminderd door het aanpassen van de werkzaamheden en werkomstandigheden voor zover die redelijkerwijs van [eiser] verlangd mogen worden. Voorts is van belang dat bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van minder 25% geen dekking wordt verleend. Met betrekking tot de vaststelling van de mate arbeidsongeschiktheid is in artikel 14 van de algemene voorwaarden het volgende opgenomen:

"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 Amersfoortse aan de hand van gegevens van door De Amersfoortse aan te wijzen medische en andere deskundigen. Van deze vaststelling zal telkens ten spoedigste na ontvangst daarvan aan verzekeringnemer mededeling worden gedaan. Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn bezwaren heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van De Amersfoortse te aanvaarden."

Onerlijk beding

4.5. Van de zijde van [eiser] is (in de aantekeningen ten behoeve van de comparitie van partijen) aangevoerd, onder verwijzing naar het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:2316), dat artikel 14 van de polisvoorwaarden een onredelijk bezwarend beding is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn). In haar schriftelijke reactie op deze (niet ter zitting voorgedragen) aantekeningen heeft De Amersfoortse gesteld dat de op basis van artikel 14 gehanteerde wijze van vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid gebruikelijk is en tussen partijen ook niet ter discussie staat.

4.6. De rechtbank volgt De Amersfoortse niet in haar standpunt dat de wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid niet ter discussie staat: [eiser] heeft immers bezwaar gemaakt tegen de inhoud en de wijze van totstandkoming van de verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige rapporten. De rechtbank is verder van oordeel dat de stelling dat artikel 14 van de polisvoorwaarden de gebruikelijke praktijk weergeeft, niet wegneemt dat dit beding onredelijk bezwarend kan zijn. De rechtbank zal derhalve onderzoeken of deze voorwaarde een oneerlijk beding betreft in de zin van de Richtlijn. Dat [eiser] geen beroep heeft gedaan op vernietiging van het beding is in dat verband niet van belang, nu de rechtbank op grond van de arresten HvJEU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349 en Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ambtshalve dient te onderzoeken of een beding in een overeenkomst met een consument oneerlijk is en, indien dit het geval is, gehouden is dit beding buiten toepassing te laten.

4.7. In artikel 3 lid 1 van de Richtlijn is bepaald dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt 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.

Beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld

4.8. [eiser] heeft de verzekering aangevraagd door middel van een formulier. Na acceptatie van deze aanvraag heeft De Amersfoortse [eiser] een polisblad toegestuurd. Op dit polisblad is onder meer vermeld dat de door De Amersfoortse gehanteerde polisvoorwaarden met kenmerk "Polismodel 164" op de verzekeringsovereenkomst van toepassing zijn. Artikel 14 maakt deel uit van de voorwaarden in Polismodel 164. Naar het oordeel van de rechtbank betreft artikel 14 van de polisvoorwaarden dan ook een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.

4.9. Het beding regelt de wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Dit is weliswaar een belangrijke bepaling, maar het betreft geen beding dat de essentialia van de afspraak tussen partijen regelt, zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt. Artikel

14 kan daarom niet worden aangemerkt als een "kernbeding", waardoor de uitzondering van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn zich niet voordoet.

Overeenkomst met een consument

4.10. Een "verkoper" in de zin van de Richtlijn betreft iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit (artikel 2 onder c van de Richtlijn). De Amersfoortse is een bedrijfsmatig aanbieder van verzekeringen en moet derhalve beschouwd worden als een verkoper in de zin van de Richtlijn. Voorts moet beoordeeld worden of [eiser], in de relatie met De Amersfoortse, aangemerkt kan worden als een consument in de zin van de Richtlijn. In artikel 2 onder b van de Richtlijn is een consument omschreven als "iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen".

4.11. [eiser] was ten tijde van het afsluiten van de verzekering werkzaam als zelfstandig drukker (via een vennootschap onder firma) en sloot die verzekering ook af met het oog op dat beroep. Dat betekent echter niet noodzakelijk dat [eiser] bij het aangaan van de overeenkomst handelde voor doeleinden die binnen zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Uit onder meer het arrest Costea (HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538) volgt dat vanwege de door de Richtlijn beoogde bescherming de hoedanigheid van partijen bij de betreffende overeenkomst van belang is. Beoordeeld moet worden of [eiser] zich als consument tegenover De Amersfoortse in een zwakkere positie bevond en over minder informatie beschikte, waardoor hij met de door De Amersfoortse opgestelde voorwaarden moest instemmen zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen. Het begrip "consument" is daarbij een objectief begrip dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of waarover deze daadwerkelijk beschikt. Bij de beoordeling daarvan moet rekening worden gehouden met alle bewijsstukken, in het bijzonder met de bewoordingen van die overeenkomst, alsmede met alle omstandigheden van geval, met name met de aard en het doel van de geleverde dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft.

4.12. Uit de aard van de arbeidsongeschiktheidsverzekering en uit (onder meer artikel 2 van) de polisvoorwaarden volgt dat de verzekering tot doel heeft de dekking van het wegvalen van privé-inkomen van [eiser] als gevolg van ziekte of ongeval. De overeenkomst strekt derhalve tot het verzekering van inkomsten voor zijn levensonderhoud, hetgeen wordt ondersteund door het feit dat de verzekering in ieder geval eindigt bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, het jaar waarin ten tijde van het aangaan van de verzekering de verwachting was dat [eiser] AOW zou ontvangen. Voorts moet de premie voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering als aftrekpost “premiebetaling inkomensvoorziening” in het kader van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden beschouwd en gelden de uitkeringen als inkomen in de zin van deze wet, waarop de verzekeraar met ingang van 1 januari 2011 belasting dient in te houden (zie het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941). Hoewel naast het inkomen in de polis tevens arbeidsdeskundige hulp en hulp bij re-integratie is meeverzekerd, lijkt het doel hiervan voornamelijk het terugbrengen van het percentage arbeidsongeschiktheid (hetgeen ook in het belang van de verzekeraar is) en vormt daarmee niet het hoofddoel van de overeenkomst. Hieruit volgt, in samenhang met hetgeen onder 4.8 is overwogen, dat sprake is van een ongelijkheid in (onderhandelings)positie en het informatieniveau die [eiser] had bij het afsluiten van deze arbeidsongeschiktheidsverzekering in verhouding tot De Amersfoortse. Tegen deze achtergrond is de rechtbank van oordeel dat [eiser] met betrekking tot deze overeenkomst als consument moet worden beschouwd in de zin van artikel 2 onder b van de Richtlijn.

Verstoring van het evenwicht ten nadele van de verzekeringnemer

4.13. Artikel 14 van de polisvoorwaarden geeft De Amersfoortse het recht de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen aan de hand van door haar aan te wijzen deskundigen.

Voorts bepaalt het artikel dat verzekeringnemer zo spoedig mogelijk van de vaststelling op de hoogte zal worden gebracht, en dat verzekeringnemer wordt geacht dit oordeel van De Amersfoortse te aanvaarden indien hij daartegen niet binnen 30 dagen bezwaar heeft gemaakt. 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. Hierdoor lijkt sprake van een beding als onder m van de in artikel 3 lid 3 van de Richtlijn bedoelde indicatieve lijst, namelijk bedingen die “de verkoper (...) het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren”.

4.14. In het onderhavige geschil heeft De Amersfoortse zich bij verschillende gelegenheden bereid getoond in gesprek te gaan met [eiser] over zijn bezwaren tegen de inhoud en wijze van totstandkoming van de deskundigenrapporten. Zij heeft tevens aangeboden een onafhankelijke arbeidsdeskundige expertise te laten verrichten door een bureau dat nog niet bij het geschil betrokken was. Dat De Amersfoortse hierdoor in de praktijk wel tot op zekere hoogte rekening hield met de wensen en belangen van de verzekerde, neemt niet weg dat aan [eiser] in de polisvoorwaarden geen recht op inspraak bij de benoeming van de deskundigen is toegekend, noch een recht op contra-expertise en een regeling voor de kosten daarvan. De verzekerde kan die inspraak of een contra-expertise dan ook niet afdwingen. Uiteindelijk bepaalt De Amersfoortse: in de onderhavige zaak heeft zij de bezwaren van [eiser] tegen de tweede beoordeling door [verzekeringsarts] in haar brief van 9 januari 2015 met een beroep op onder meer de polisvoorwaarden afgewezen. In het tweede deel van artikel 14 wordt voorts weliswaar de mogelijkheid van bezwaar genoemd, maar dit ziet er slechts op dat, indien de verzekeringnemer niet binnen 30 dagen bezwaar heeft aangetekend, hij geacht wordt het standpunt van De Amersfoortse te aanvaarden. Dit onderdeel van het beding betreft derhalve geen recht tot inspraak of het recht op een heroverweging van de beslissing, maar creëert slechts een bewijsvermoeden ten nadele van de verzekerde. Er blijft derhalve sprake van een verstoring van het evenwicht tussen De Amersfoortse en [eiser]. Dat het uit het oogpunt van efficiëntie wellicht voor de hand ligt dat de mate van arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld door De Amersfoortse vanwege haar specifieke kennis op dit gebied, doet er niet aan af dat het gebrek aan inspraak van de verzekerde ertoe leidt dat deze in een aanmerkelijk minder gunstige positie verkeert. Daar komt bij dat De Amersfoort-

se zichzelf niet op voorhand bindt aan de uitkomst van de onderzoeken van de deskundigen. In artikel 14 is immers bepaald dat De Amersfoortse de mate van arbeidsongeschiktheid zelf vaststelt “aan de hand van gegevens van door De Amersfoortse aan te wijzen medische en andere deskundigen”, zodat die rapportages – al zijn deze afkomstig van geregistreerde beroepsbeoefenaren onder gedragscodes en beroepsethiek – voor De Amersfoortse niet meer dan een advies behelzen.

4.15. Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat de harde en ongenueanceerde regel van artikel 14 van de polisvoorwaarden in het licht van deze feiten en omstandigheden, ook in onderlinge samenhang bezien, in de context van de verhouding van De Amersfoortse tot [eiser] een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn oplevert.

Conclusie oneerlijk beding

4.16. Op basis het voorgaande luidt de conclusie dat artikel 14 van de polisvoorwaarden in dit geschil en in de verhouding tussen De Amersfoortse en [eiser] als een oneerlijk beding in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn aangemerkt moet worden. Op grond van artikel 6 van de Richtlijn is de rechtbank gehouden artikel 14 van de polisvoorwaarden bij de beoordeling van dit geschil verder buiten toepassing te laten (zie HvJ EU 30 mei 2013, ECLI: EU: C:2013:341).

Deskundigenonderzoek

4.17. Nu artikel 14 van de polisvoorwaarden buiten toepassing moeten worden gelaten, zal de rechtbank de mate van arbeidsongeschiktheid zelf vaststellen. Zoals hiervoor overwogen onder 4.2 en 4.3 staat reeds vast dat er sprake is van een objectief medisch vast te stellen stoornis, maar verschillen partijen van mening over de vraag in hoeverre deze stoornis tot beperkingen leidt. Teneinde de beperkingen als gevolg van de stoornis vast te stellen heeft De Amersfoortse twee onderzoeken laten uitvoeren door [verzekeringsarts]. Deze expertises gelden zijn niet op gezamenlijk verzoek van partijen gedaan. Partijen zijn daarom niet in beginsel aan de uitkomst gebonden.

4.18. De Amersfoortse heeft de conclusies van [verzekeringsarts] overgenomen, maar [eiser] kan zich niet verenigen met de bevindingen van [verzekeringsarts]. [eiser] stelt in de eerste plaats dat

de beperkingen die hij ervaart door [verzekeringsarts] te rooskleurig zijn voorgesteld. Daarnaast is de door [eiser] – onder verwijzing naar de conclusie van de door hem ingeschakelde arbeidsdeskundige [arbeidsdeskundige 3] – van mening dat [verzekeringsarts] de medische belastbaarheid onvoldoende nauwkeurig heeft omschreven. Gelet hierop acht de rechtbank een nieuwe expertise door een verzekeringsarts noodzakelijk.

4.19. Voordat tot een deskundigenbericht wordt overgegaan, zal de rechtbank partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de wenselijkheid hiervan, over het aantal en het specialisme van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen. Indien partijen zich wensen uit te laten over de persoon van de te benoemen deskundige(n), dienen zij daarbij aan te geven over welke deskundige(n) zij het eens zijn, dan wel tegen wie zij gemotiveerd bezwaar hebben. De rechtbank zal de zaak hiertoe naar de rol verwijzen.

4.20. De rechtbank is voorlopig van oordeel dat kan worden volstaan met de benoeming van één verzekeringsarts als deskundige. Aan deze deskundige zouden in beginsel dezelfde vragen kunnen worden voorgelegd als in het door [verzekeringsarts] verrichte onderzoek zijn gebruikt. Er dient dus in ieder geval een omschrijving van de belastbaarheid van de handen te worden gegeven en een functionele mogelijkhedenlijst te worden opgesteld. Daarbij dient vooral nauwkeurig te worden beschreven hoe frequent [eiser] lasten van welk gewicht kan hanteren. De rechtbank acht voorts van belang dat de deskundige – voor zover mogelijk – zich uitlaat over de beperkingen in de periode van 2 december 2011 tot heden, nu [eiser] de stelling inneemt dat vanaf die datum een onjuist arbeidsongeschiktheidspercentage is gehanteerd. Verder acht de rechtbank het nuttig dat de deskundige uitgebreid ingaat op de prognose. Door [eiser] is immers herhaaldelijk gesteld dat er sprake is van “ongunstige vooruitzichten”, maar dit is tot op heden nauwelijks onderbouwd.

4.21. [eiser] kan zich evenmin vinden in de conclusies van de door De Amersfoortse ingeschakelde arbeidsdeskundigen. De rechtbank zal op dit moment echter nog geen onderzoek door een arbeidsdeskundige gelasten. Omdat arbeidsdeskundigen bij hun onderzoek uitgaan van de door de verzekeringsarts vastgestelde beperkingen, hangt het oordeel over de betreffende onderzoeken in de onderhavige zaak sterk af van de vraag in hoe-

verre de door [verzekeringsarts] geconstateerde beperkingen in deze procedure vast komen te staan. Indien de conclusies van het verzekeringsgeneeskundig onderzoek daartoe aanleiding geven, zal er vervolgens een arbeidsdeskundige worden benoemd.

4.22. Met betrekking tot de eerdere onderzoeken verschilden partijen over de aanwezigheid en omvang van het inzage- en correctierecht. De rechtbank merkt op dat op het thans te bevelen deskundigenbericht het volledige inzage- en blokkeringsrecht in de zin van artikel 7:464 lid 2 BW van toepassing is.

4.23. De rechtbank ziet in de omstandigheden van het geding aanleiding om te bepalen dat het voorschot op de kosten van de deskundige(n) door De Amersfoortse moet worden gedeponereerd. Er staat immers vast dat er bij [eiser] sprake is van een medisch objectief vast te stellen stoornis die tot beperkingen leidt. Hierdoor kan [eiser] een beroep doen op uitkering op grond van de polis door De Amersfoortse. Het deskundigenbericht dient slecht ter vaststelling van de *mate van arbeidsongeschiktheid*. Dat bij een arbeidsongeschiktheidspercentage lager dan 25% geen recht (meer) bestaat op een uitkering doet daar niet aan af.

Betaling uitkering en premievrijstelling

4.24. Nu eerst een deskundige benoemd zal worden in het kader van de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid (de vordering onder 1), zullen de hiermee samenhangende vorderingen tot het betalen van de uitkering op grond van de polis (vordering 2), het indexeren hiervan (vordering 3) en het betalen van vertragsrente (vordering 4) in afwachting hiervan worden aangehouden. Dat geldt tevens voor het beslissing op de gevorderde premievrijstelling (vordering 5) en de terugbetaling van premie vermeerderde met de wettelijke rente (vorderingen 6 en 7) nu deze ook afhankelijk zijn van het oordeel over de mate van arbeidsongeschiktheid.

Herstel van de polis

4.25. [eiser] heeft zijn bedrijf op 1 juni 2015 verkocht. De Amersfoortse heeft daarop de verzekering per deze datum beëindigd met een beroep op de artikelen 21.1 (beëindiging verzekering bij staken beroep) en 22.1.4 in samenhang met artikel 22 (ontbreken verzekeraar belang) van de polisvoorwaarden. [eiser] vordert in deze procedure

te verklaren voor recht dat De Amersfoortse de polis niet kon opzeggen (vordering 8) en De Amersfoortse te veroordelen de polis met terugwerkende kracht te herstellen (vordering 9).

4.26. De vraag of De Amersfoortse de polis mocht opzeggen hangt nauw samen met de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid: de bevoegdheid op basis van artikel 21.1 en 22.1.4 van de polisvoorwaarden bestaat immers alleen wanneer bij bedrijfsbeëindiging of verdwijnen van verzekeraar belang anders dan door arbeidsongeschiktheid. De vorderingen 8 en 9 zullen daarom in afwachting van het deskundigenonderzoek worden aangehouden.

Kosten

4.27. In afwachting van het deskundigenonderzoek zullen ook de vorderingen tot betaling van de buitengerechtelijke kosten (vordering 10), de kosten van het medisch advies van [medisch adviseur] (vordering 11) en de kosten van het door [arbeidsdeskundige 3] uitgevoerde arbeidsdeskundig onderzoek (vordering 12) worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 7 december 2016 voor het nemen van een akte door beide partijen waarin zij zich uitlaten over de aangekondigde deskundigenrapportage,

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Het Europees recht is de afgelopen jaren van grote importantie gebleken op de uitvoering van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 23 november 2016 illustreert dat. Eerste in de reeks van de uitspraken was het arrest van 23 april 2015 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (RAV 2015, 70). Het hof liet zich daar uit over het antwoord op de vraag of de definitie van "volledige arbeidsongeschiktheid" een kernbeding was. Daarbij stelde hij voorop dat art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG strikt moet worden uitgelegd, omdat het artikel inhoudelijke toetsing van oneerlijke bedingen voorkomt terwijl de richtlijn consumenten beoogt te beschermen. De zaak die leidde tot het oordeel van de Rechtbank

Rotterdam zag weliswaar niet op een kernbeding, maar wel op een alleszins gebruikelijke bepaling in particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen dat de verzekeraar het recht heeft om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen aan de hand van door haar aan te wijzen deskundigen.

Het komt mij voor dat het arrest van 23 april 2015 de ogen van de Nederlandse rechter ten aanzien van de invloed van Europees recht op arbeidsongeschiktheidsverzekeringen heeft geopend. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft immers ambtshalve in het voorlopig oordeel bij arrest van 22 maart 2016

(ECLI:NL:GHARL:2016:2316) overwogen dat de daartoe strekkende polisvoorwaarden binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten valt. Nadat partijen op het voorlopig oordeel van het hof konden reageren oordeelde het in zijn arrest van 30 augustus 2016

(ECLI:NL:GHARL:2016:6941) dat diende te worden nagegaan of een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring bestond in het evenwicht tussen partijen (vgl. omtrent de ambtshalve beoordeling van een vervaltermijn als oneerlijk beding: Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4228; vgl. ook: Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2856).

Het hof overwoog dat vanwege het vaststellen aan de hand van door haar aan te wijzen deskundigen reeds volgde dat verzekeraar eenzijdig het recht had om de mate van arbeidsongeschiktheid te bepalen. En daarmee of, en zo ja in welke mate, zij tot enige uitkering was gehouden, wat in wezen een partijbeslissing was. Verzekerde kon daarop geen in de polis geregelde invloed uitoefenen. In het licht van art. 7:904 lid 1 BW kon het recht op bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid alleen marginaal worden getoetst. Daarom werd de in de polisvoorwaarden gecreëerde onbalans tussen partijen niet hersteld. Daarbij kwam nog dat verzekeraar zich het keuzerecht van de deskundigen voorbehield. Daarop kon verzekerde in beginsel geen invloed uitoefenen. In de polisvoorwaarden was immers geen recht opgenomen op inspraak bij de benoeming van de deskundigen. En evenmin een recht op contra-expertise of een kostenregeling. Verzekerde kon die inspraak en contra-expertise uit hoofde van de overeenkomst dan ook niet af-

dwingen, aldus het hof (vgl. Rb. Gelderland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2016:4772, waarin zij een soortgelijke clausule in een verzuimverzekering niet onredelijk bezwarend achtte).

De Rechtbank Rotterdam sluit zich (woordelijk) bij deze argumentatie aan, door te overwegen dat verzekeraar uiteindelijk "bepaalt". Weliswaar noemden de toepasselijke polisvoorwaarden de mogelijkheid van bezwaar, maar dat zag er slechts op dat verzekeringnemer 30 dagen de tijd had om bezwaar aan te tekenen en anders het standpunt van verzekeraar geacht werd te aanvaarden. Zoals de rechtbank met recht overweegt betreft dat onderdeel van het beding dan ook geen recht op inspraak of een recht op heroverweging van de beslissing, maar creëert zij slechts een bewijsvermoeden ten nadele van de verzekerde. De verstoring van het evenwicht tussen partijen blijft derhalve bestaan. De rechtbank refereerde er daarbij nog aan dat verzekeraar zichzelf niet op voorhand bond aan de uitkomst van de onderzoeken van de deskundigen. In de polisvoorwaarden was immers bepaald dat verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid zelf vaststelt aan de hand van gegevens van door haar aan te wijzen medische en andere deskundigen. Dat heeft tot gevolg dat die rapportages voor haar niet meer dan een advies zijn. Tegen die achtergrond overwoog de rechtbank dat de harde en ongenueanceerde polisvoorwaarden een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 van de richtlijn opleverde. Dat heeft tot gevolg dat de gewraakte polisvoorwaarde bij de beoordeling van het geschil verder buiten toepassing dient te worden gelaten.

Belangenbehartigers betogen naar aanleiding van het arrest van het hof van 30 augustus 2016 wel dat daaruit voortvloeit dat al het medische en arbeidsdeskundige onderzoeksmateriaal dat voorhanden is aldus onrechtmatig is verkregen. Een dergelijke stelling is mijns inziens juridisch niet houdbaar. Het enkele feit immers dat het hof in 2016 tot het oordeel is gekomen dat de polisvoorwaarden buiten beschouwing dienden te blijven betekent nog niet dat al het voordien vergaarde onderzoeksmateriaal een rechtmatige grondslag ontbeert. Het hof (noch de rechtbank in deze zaak) overweegt dat ook niet. Bovendien geldt in civiele procedures niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen

het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te maken zwaarder dan het belang van uitsluiting van het bewijs. Alleen als sprake is van bijkomende omstandigheden is het gerechtvaardigd om dat bewijs terzijde te leggen (vgl. HR 18 april 2014, JA» 2014/65). Van dergelijke omstandigheden is naar mijn overtuiging met de enkele vaststelling dat het hier gaat om een oneerlijk beding nog geen sprake. Wel heeft een en ander (soms) gevolg voor de verdere vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid en daarmee aldus voor de bewijswaarde van de rapportages die eerder door en op verzoek van verzekeraar zijn tot stand gekomen. In die zin is het ook begrijpelijk dat de Rechtbank Rotterdam de uitgebrachte rapporten inhoudelijk heeft getoetst. Allereerst door te overwegen dat verzekerde betoogde dat de beperkingen die hij ervaarde door de verzekeringsarts te rooskleuring waren voorgesteld. Daarnaast was hij van mening dat de verzekeringsarts de medische belastbaarheid onvoldoende nauwkeurig had omschreven. Om die redenen achtte de rechtbank een nieuwe expertise door een verzekeringsarts noodzakelijk, hetgeen inhoudelijk in lijn ligt met het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat eveneens aanleiding zag om een (nieuw) verzekeringsgeneeskundig, gevolgd door een arbeidsdeskundig, onderzoek te gelasten.

Veel arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bevatten tegenwoordig een contractuele bezwaarregeling. Zo kan een verzekerde in overleg met verzekeraar soms besluiten om een deskundige in te schakelen voor een second opinion. In die situatie kiezen partijen de deskundige in overleg. De uitslag is voor partijen dan bindend. Veelal vergoedt verzekeraar de kosten van een second opinion. Een andere optie is dat verzekerde zelf een deskundige kan inschakelen voor de second opinion. In dat geval is de uitslag dan niet bindend, maar vergoedt verzekeraar de kosten van een second opinion soms wel voor zover de inschakeling van de deskundige en daaraan verbonden kosten redelijk zijn. In die situatie is dan veelal tevens contractueel bepaald dat verzekeraar de uitslag van de second opinion zal beoordelen en verzekerde over haar standpunt zal informeren. Andere verzekeraars bieden verzekerden van geval tot geval bij wijze van maatwerk

de mogelijkheid om bezwaar te maken en in onderling overleg een deskundige te benoemen. Dat laatste neigt naar de werkwijze die verzekeraar erop nahield in de casus die leidde tot het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 30 augustus 2016. Ook die verzekeraar voerde aan dat zij in de regel rekening hield met de wensen van verzekerde en desgevraagd een contra-expertise zou laten plaatsvinden. Het hof overwoog daarvan dat het waar zou kunnen zijn maar dat dat betoog miskende dat er in de polisvoorwaarden geen recht op inspraak bij de benoeming van de deskundige bestond en evenmin een recht op contra-expertise met kostenregeling daarvan was toegekend, zodat verzekerden die inspraak en contra-expertise contractueel niet konden afdwingen.

Zoals blijkt uit het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden en, in zekere zin in navolging daarvan ook uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam, dienen arbeidsongeschiktheidsverzekeraars in de polisvoorwaarden een regeling op te nemen waarin een contractueel afdwingbaar recht op inspraak en contra-expertise en de kostenregeling is verankerd. Dat neemt echter niet weg dat uit het arrest van het Europees Hof van Justitie van 23 april 2015 (RAV 2015, 70) blijkt dat de rechter ook reclame en informatie die verzekeraar binnen de contractuele verhouding tussen partijen heeft verstrekt in zijn oordeel moet betrekken. Het gaat immers om feiten en omstandigheden van het geval, ook in onderlinge samenhang bezien in de context van de gehele rechtsverhouding tussen partijen. Al met al is het dus, dunkt mij, van belang dat verzekerden invloed kunnen uitoefenen op de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Ook in de situatie dat een en ander niet echt is neergelegd in de toepasselijke polisvoorwaarden weerhoudt dat verzekeraars mijns inziens niet van de mogelijkheid om door middel van maatwerkschaderegeling een gezamenlijke second opinion op te tuigen waarbij beide partijen invloed kunnen uitoefenen op de arts en het medisch onderzoek dat dient plaats te vinden, alsmede de vraagstelling en de bijlagen.

Dat neemt niet weg dat het de voorkeur heeft om in de polisvoorwaarden een expliciete regeling neer te leggen.

E.J. Wervelman,
advocaat bij Verschoof Wagenaar Wervelman Ad-
vocaten te Utrecht

Werkgeversaansprakelijkheid

61

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
8 februari 2017, nrs. C/16/394443/HA ZA 15-524,
C/16/401118/HA ZA 15-793, 414695/HA ZA
16-327, ECLI:NL:RBMNE:2017:440
(mr. Dondorp)

**Arbeidsongeval. Werkgeversaansprakelijkheid.
Productenaansprakelijkheid.**

[BW art. 6:162, 6:173, 6:185, 7:611, 7:658;
WVW art. 185]

Als A, werknemer van X, beton aan het storten is, breekt een deel van de betonmixerpomp af, waarbij hij letsel oploopt. De vrachtwagen waaraan de betonmixerpomp bevestigd was, is eigendom van Y, die een WAM verzekering heeft bij TVM. De vrachtwagen is aan Y geleverd door Z, die een aansprakelijkheidsverzekering heeft bij ASR. ASR regelt de schade met A.

ASR vordert de schadevergoeding terug van X, gebaseerd op werkgeversaansprakelijkheid. De rechtbank leidt uit het verslag van de Arbeidsinspectie af dat de pomp regelmatig gekeurd had moeten worden, maar niet vastgesteld kan worden dat keuring het ongeval had kunnen voorkomen, zodat aansprakelijkheid ex art. 7: 658 BW wordt afgewezen. A droeg geen helm en de Risico Inventarisatie & Evaluatie was verouderd, maar niet duidelijk wordt hoe hiermee het ongeval had kunnen worden voorkomen. Aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW wordt niet aangenomen, aangezien dit ongeval niet valt onder die situaties waarvan de Hoge Raad heeft bepaald dat een verzekeringsplicht voor de werkgever kan worden aangenomen. In vrijwaring vordert X schadevergoeding van Y. Omdat de vordering in hoofdzaak wordt afgewezen, strandt de vordering in de vrijwaringszaak. Ook op inhoudelijke gronden (art. 6:162 BW en

6:185 BW) wordt de vordering afgewezen. De vordering in vrijwaring op TVM, gebaseerd op art. 185 WVW wordt afgewezen, omdat het hier niet gaat om een verkeerssituatie. De vrachtwagen stond stil en fungeerde als bouwmaschine.

X vordert tevens schadevergoeding van Z in vrijwaring, gebaseerd op art. 6:173 BW. Deze vordering wordt afgewezen vanwege de uitzonderingsbepaling in lid 2 van dit artikel: er bestaat reeds productenaansprakelijkheid ex art. 6:185 BW.

Het beroep van X op art. 6:162 BW (Y heeft de veiligheidsvoorschriften niet nageleefd, doordat de machinist de machine niet voldoende gecontroleerd heeft) wordt afgewezen. Een eventuele controle zou het ongeval niet hebben voorkomen.