

5.3. veroordeelt [eiser] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,= aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [eiser] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,= aan salaris advocaat en de exploatkosten van betekening van de uitspraak;

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

[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.

Verzekeringen

176

Hoge Raad
28 september 2018, nr. 18/00989,
ECLI:NL:HR:2018:1800, ECLI:NL:PHR:2018:788
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Kroeze, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. dr. E.J. Wervelman

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

[Rv art. 392; Richtlijn 93/13/EEG]

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).

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Hartlief)

De volledige conclusie is te raadplegen op opmaat.sdu.nl

Hoge Raad

1. *Het geding in feitelijke instantie*
(...; red.)

2. De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd tussenvonnis 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 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.”

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 sarcoidose 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 van 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 (Tarcău), punt 27, en HvJEU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 ((Dumitraș), punt 32). Mede gelet op de verwijzing naar het arrest Costea in de beschikking in de zaak Tarcău, en de wijze waarop het HvJEU beoordeelt of de betrokkene de overeenkomst is aangegaan als consument,

moet worden aangenomen dat niet is bedoeld een andere maatstaf aan te leggen dan in het arrest in de zaak Costea is geformuleerd. Wel is verduidelijkt dat, ook als een natuurlijke persoon een overeenkomst (mede) aangaat ten behoeve van een bedrijf, de betrokkene nog steeds als consument kan worden aangemerkt, mits hij zelf geen functionele banden heeft met het bedrijf.

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 blijken uit 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 afbakent. 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 verzekering-

nemer 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 vervaltermijn. 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 ommekomst 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 stan-

daardpolisvoorwaarden 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 verval. 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 overeen-

komst 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 aangaan 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.

NOOT

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 vormen 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 wezenlijke onderdeel van de beoordeling omtrent 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 feitenrechtters 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 blij 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.

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

177

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
11 september 2018, nr. 200.170.529,
ECLI:NL:GHARL:2018:8121
(mr. Steeg, mr. Lock, mr. Rinkes)

Onderverzekering. Zorgplicht verzekeraar.

[BW art. 6:2, 6:74]

Appellant heeft voor zijn woonhuis rechtstreeks een opstalverzekering afgesloten bij verzekeraar (geïntimeerde). In de polisvoorwaarden staat dat verzekerde zelf verantwoordelijk is voor opgave van de verzekerde som. In 2005 deelt geïntimeerde appellant mee dat er naar haar mening sprake is van onderverzekering. Appellant reageert niet. Als er brand ontstaat in de woning van appellant keert geïntimeerde slechts gedeeltelijk uit wegens onderverzekering.

Appellant vordert dat geïntimeerde ook het resterende deel van de schade vergoedt. De rechtbank wijst de vordering af.

In hoger beroep gaat het om de vraag in hoeverre op geïntimeerde de verplichting rustte om appellant tegen onderverzekering te waarschuwen.

De omvang van de zorgplicht van de verzekeraar hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en complexiteit van de verzekeringsovereenkomst, de hoedanigheid en eventuele deskundigheid van de cliënt en de bemoeienis van en eventuele advisering door de verzekeraar bij het afsluiten en continueren van de verzekeringsovereenkomst. In dit geval is de verzekering rechtstreeks afgesloten, appellant is geen deskundige en het is geen complex verzekeringsproduct. Bij een verzekering als de onderhavige kan van geïntimeerde in redelijkheid worden verlangd dat zij bij aanvang en telkens bij de verlenging van de overeenkomst tegen het gevaar van onderverzekering waarschuwt. De brief van 2005 is als zodanig te begrijpen. Geïntimeerde heeft jaarlijks, bij het verzenden van de premienota, gewaarschuwd te-