

Toetsing van algemene voorwaarden bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (Uitleg polisvoorwaarden; kernbeding; oneerlijk beding; consument)

Prof. mr. W.H. van Boom

Gepubliceerd in: Ars Aequi 2020/1, p. 60-69 [originele paginanummering tussen haken in tekst]

[60]

1. Feiten en oordeel Hoge Raad

Feiten en procedureverloop

Een zelfstandige ondernemer, werkzaam als consultant, sluit in 2001 een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (kortweg: AOV) af bij verzekeringsmaatschappij Nationale-Nederlanden. De verzekerde vordert in 2007 uitkering op de polis. Het eerste onderzoek wijst uit dat sprake is van een ‘aanpassingstoornis, niet gespecificeerd (burn-out)’ en dat leidt tot indeling in de arbeidsongeschiktheidsklasse 80-100%. In de daarop volgende jaren wordt de verzekerde verschillende malen gekeurd en ontvangt hij wisselende uitkeringen op basis van wisselende percentages; in de deskundigenrapportages worden steeds kort gezegd psychische en psychosomatische oorzaken als grond genoemd. Eind 2013 eindigt de verzekeraar de uitkeringen omdat, zo oordeelt de verzekeraar, het ongeschiktheidspercentage onder de 25% is gezakt. Art. 5 van de polisvoorwaarden bepaalt namelijk:

“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. (...)”

Medio 2014 meldt de verzekerde zich opnieuw en stelt dan dat inmiddels een andere diagnose is gesteld, namelijk (onder andere) een zeldzame ontstekingsziekte en de chronische vermoeidheid die deze teweegbrengt. Voor de verzekerde vallen met deze diagnose kennelijk alle eerdere klachten op hun plek en daarom vindt hij dat het hele verzuimproces vanaf 2007 moet worden heroverwogen. De medisch adviseur van de verzekeraar is echter van mening dat de vermoeidheidsklachten op termijn kunnen verdwijnen en daarom besluit de verzekeraar om een extern verzekeringsgeneeskundig onderzoek te laten uitvoeren. De verzekerde krijgt geen inspraak bij de keuze van de geneeskundige. Wel wordt de verzekerde inzage verleend en een correctiemogelijkheid gegeven. De geneeskundige komt tot het oordeel dat de ontstekingsziekte, een puur somatische oorzaak dus, waarschijnlijk niet de enige verklaring voor de vermoeidheidsklachten is. Doorgaans wordt, aldus de geneeskundige, chronische vermoeidheid door meerdere factoren bepaald, waaronder ‘medisch niet objectiveerbare’ beperkingen (vgl. het begrip ‘objectief medisch vast te stellen stoornissen’ in art. 5 van de polisvoorwaarden). Dat wil zoveel zeggen als: beperkingen die in

de persoon van de verzekerde gelegen zijn, althans beperkingen waar de medische wetenschap geen objectiveerbare bewijzen voor kan vinden anders dan verklaringen afgelegd door de verzekerde zélf. Onaardig gezegd: de klacht zit tussen de oren en/of kan niet medisch geobjectiveerd worden. Dít oorzaken zijn bij AOVs vaak uitgesloten van dekking (hier in elk geval wel) en dus [61] wordt bij het bepalen van het ongeschiktheidspercentage geen acht geslagen op de bijdrage van die beperkingen aan de arbeidsongeschiktheid.¹ Iemand kan feitelijk gezien dus volledig arbeidsongeschikt zijn, maar voor de toepassing van de verzekering voor een lager percentage en dus mogelijk ook voor minder dan 25%.

De verzekeraar komt tot het standpunt dat de mate van arbeidsongeschiktheid nog steeds onder de 25% ligt en weigert daarom uitkering te doen. De verzekerde doet nog een poging om de verzekeraar op andere gedachten te brengen met behulp van een verklaring van een internist (inhoudende dat de somatische aandoeningen van verzekerde zeer wel chronische moeheid kunnen veroorzaken), maar tevergeefs. De verzekerde start daarop de procedure die tot de hier besproken uitspraak leidt. In die procedure vordert hij verklaring voor recht dat hij vanaf 2007 volledig arbeidsongeschikt is geweest en dat de verzekeraar dus uitkering verschuldigd is. Primair stelt de verzekerde dat uit de door hem overgelegde behandelinformatie blijkt dat hij al die tijd onafgebroken arbeidsongeschikt is geweest. Subsidiar stelt hij zich op het standpunt dat de medische en andere rapportages die in opdracht van de verzekeraar zijn opgesteld, buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat art. 14 van de polisvoorwaarden een oneerlijk beding is in de zin van Richtlijn 93/13. Dit art. 14 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.”

De redenering die de verzekerde hier volgt, heeft een ‘fruit of the poisonous tree’-achtig karakter: als art. 14 een oneerlijk beding is en om die reden wordt vernietigd, dan is de eenzijdige inschakeling door de verzekeraar van de geneeskundige onrechtmatig geweest en dan moeten de medische rapportages die op het artikel zijn gebaseerd voor niet-geschreven worden gehouden. Dat zou een vergaande consequentie zijn, want het betekent dat alle getroffen medische onderzoeken overgedaan zouden moeten worden; dat is natuurlijk onmogelijk als die onderzoeken verder in het verleden gelegen zijn.

¹ Over de primaire dekking bij AOVs bijv. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (diss. Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2004, p. 191 e.v. Hier verdient opmerking dat bij de schadebepaling bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering de regels van Afd. 6.1.10 BW niet van toepassing zijn. Die zijn namelijk alleen van toepassing bij de bepaling van schadevergoeding op grond van een wetsbepaling (denk aan: wanprestatie of onrechtmatige daad), en hier gaat het om een primaire contractuele verplichting tot betaling van een geldsom. De gedekte schade wordt dus begroot aan de hand van de regels die het verzekeringscontract zélf stelt. Zie HR 8 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1045, NJ 1994/210 (*Hogenboom/Unigarant*). Vaak huren AOV-verzekeraars de deskundigheid in bij leden van de Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringszaken (GAV) en bij aangeslotenen bij de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA).

De rechtbank hakt een aantal knopen door in tussenvonnissen. Zo oordeelt de rechtbank dat het dossier geen aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat de verzekerde al voor 2013 volledig arbeidsongeschikt was en dus spitst de rechtbank zich toe op de situatie vanaf 2014. De rechtbank oordeelt dat *als* art. 14 polisvoorwaarden buiten toepassing moet worden gelaten, het keuringsproces overgedaan moet worden. In dat geval biedt het verzekeringscontract namelijk geen regels voor de keuring en moet de ‘gewone’ route van de gerechtelijke deskundige worden bewandeld, aldus de rechtbank. Vraag is dus: moet art. 14 polisvoorwaarden buiten toepassing blijven? De rechtbank meent dat dit een vraag voor de Hoge Raad is en dus stelt zij prejudiciële vragen.

De rechtbank vraagt zich allereerst af of de verzekerde wel als ‘consument’ kan worden beschouwd voor de toepassing van Richtlijn 93/13. Ik merk op dat de rechtbank rechtstreeks vraagt naar de uitleg van de Richtlijn en niet naar de implementatie daarvan in art. 6:231 e.v. BW. Dat is opmerkelijk omdat de richtlijn strikt genomen geen rechtstreekse werking heeft en het dus meer voor de hand zou liggen om te vragen naar de uitleg van het begrip ‘wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ zoals dat wordt gebruikt in art. 6:236 en 237 BW, een en ander uiteraard in het licht van de uitlegeregels die het Europese recht stelt. Ook vraagt de rechtbank zich af of art. 14 van de polisvoorwaarden een oneerlijk beding is in de zin van de richtlijn. Dit leidt tot een aantal vragen aan de Hoge Raad.

Consument of niet?

De eerste vraag betreft de status van de verzekerde: consument of niet? De vraag luidt:

“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?”

De Hoge Raad geeft het volgende antwoord:

“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.”

[62] Kortom: gegeven het inkomensvervangende doel van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, is de verzekerde ondernemer te beschouwen als een *consument* voor de toepassing van Richtlijn 93/13. Dat is in lijn met andere rechtspraak, ook die van het HvJEU. Zou de zaak over de brandverzekering van het bedrijfsspannd van de ondernemer zijn gegaan, dan zou het antwoord dus waarschijnlijk anders hebben geluid.²

Inhoudstoetsing

De tweede en derde vraag aan de Hoge Raad luiden:

“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?”

Deze vragen zien op de toetsing van art. 14 polisvoorwaarden aan de ‘oneerlijkheidsmaatstaf’ van art. 3 lid 1 Richtlijn. Die maatstaf is geïmplementeerd in art. 6:233 aanhef en onder a

² Zie over de vraag of sprake is van een consument bij gemengde hoedanigheden M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2017, p. 37-38.

BW, waar de vraag centraal staat of het getoetste beding ‘onredelijk bezwarend’ is.³ Een beding wordt volgens de Richtlijn als oneerlijk (onredelijk bezwarend) beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw (dat is: de redelijkheid en billijkheid), het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1 Richtlijn). Die toetsing noemt men ook wel de inhoudstoetsing. De kwestie is of de wijze waarop arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld door de verzekeraar wel door de beugel kan: geeft art. 14 aan de verzekerde het recht en de tijd om de uitkomsten te weerspreken, bijvoorbeeld met een ‘second opinion’? Dit een vraag van inhoudstoetsing, maar aan die toetsing gaan twee vragen vooraf die de rechtbank niet aan de Hoge Raad heeft gesteld: (1) is art. 14 polisvoorwaarden een kernbeding, en (2) hoe moet het beding worden uitgelegd? Die twee voorvragen behandelt de Hoge Raad eerst.

Voorvraag: kernbeding of niet?

De eerste voorvraag luidt: is art. 14 polisvoorwaarden een *kernbeding*? De inhoudstoetsing van algemene voorwaarden mag alleen plaatsvinden ten aanzien van bedingen die *niet* kernbeding zijn. Het begrip ‘kernbeding’ is telegramstijl voor ‘bedingen die de kern van de prestaties aangeven’ (art. 6:231 aanhef en onder a BW). Dat begrip beoogt uitdrukking te geven aan de omschrijving in de richtlijn van contractbedingen die betrekking hebben op ‘de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst’ of ‘de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten’ (art. 4 lid 2 Richtlijn). Een kernbeding geeft de kern van de verschuldigde prestatie(s) weer; die bedingen zijn niet vatbaar voor de inhoudstoetsing (mits ze duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd). De rechtbank kan dus aan beantwoording van de vragen niet toekomen als art. 14 een (duidelijk en begrijpelijk geformuleerd) kernbeding is. Daarom begint de Hoge Raad met het geven van een antwoord op de niet gestelde vraag of art. 14 van de polisvoorwaarden een kernbeding is. Eerdere rechtspraak doet vermoeden dat het antwoord nee zal luiden.⁴ En inderdaad:

[63]

“3.5.3 Het begrip kernbeding moet blijken 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

³ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 159.

⁴ Zie bijv. al HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, AA19980602 (*Assoud/De Nationale Sporttotalisator*) en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567 (*Parkwoningen Hoge Weide*), waarin reeds duidelijk werd gemaakt dat het begrip kernbeding zo beperkt mogelijk moet worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden aangesloten bij de essentialia van de overeenkomst zonder welke de overeenkomst als te onbepaald niet tot stand zou zijn gekomen. Vgl. ook HvJEU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C2015:127 (*Matei*).

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).”

Art. 14 omschrijft niet het verzekerd risico of de verbintenis van de verzekeraar, en het bakent ze ook niet af; bovendien kan verzekeringsovereenkomst prima voortbestaan zonder art. 14. Dat maakt dat art. 14 geen kernbeding is.⁵ Dat opent de route naar inhoudstoetsing van het beding.

Voorvraag: uitleg van het beding

De tweede voorvraag luidt: hoe moet art. 14 worden uitgelegd? De Hoge Raad realiseert zich dat hij zich op glad ijs bevindt:

“(…) Voordat kan worden beoordeeld of het beding oneerlijk is, moet wordt [bedoeld zal zijn: worden, WvB] 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. (...)”

Over de uitleg van polisvoorwaarden heeft de Hoge Raad zich in het verleden al uitgelaten. Het is min of meer vaste rechtspraak dat bij de uitleg van polisvoorwaarden waarover niet is onderhandeld, zoals hier, niet zozeer de Haviltex-maatstaf geldt maar vooral de nadruk ligt op de objectieve factoren zoals de bewoordingen, de context van het document als geheel en een eventuele toelichting bij de polisvoorwaarden.⁶ Andere uitingen van de verzekeraar zoals reclamefolders of mondelinge toezeggingen waar de consument op is afgegaan bij zijn contractbeslissing, wegen ook mee.⁷ De subjectieve bedoelingen van de opsteller van de

⁵ Ik teken aan dat art. 14, ook als het wél een kernbeding zou zijn geweest, gewoon aan een inhoudstoetsing onderworpen had kunnen worden. Dat is omdat, zoals hierna zal blijken, het beding niet duidelijk en begrijpelijk was geformuleerd. Dat maak ik althans op uit de overweging van de Hoge Raad waarin hij oordeelt dat de tekst van het beding geen uitsluitel geeft over de betekenis ervan.

⁶ Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*).

⁷ Vgl. art. 3:35 BW en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI-Gerling*). Omgekeerd geldt dat de consument niet tegengeworpen kan krijgen dat wat hij niet hoeft te kennen.

voorwaarden, de verzekeraar dus, zijn minder belangrijk. Op grond van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad is wel toegestaan dat ‘andere openbare bronnen’ worden betrokken bij de uitleg van standaardpolissen. Zo werd in het verleden wel toegestaan dat bij de uitleg van een standaard opzetclausule in een aansprakelijkheidsverzekering naast de tekst daarvan ook de openbare toelichting van het Verbond van Verzekeraars (afgekort: het Verbond, dat is de branchevereniging waar veel verzekeraars bij zijn aangesloten) werd betrokken en dat een publicatie in het WPNR (een juridisch tijdschrift) als openbare bron kon worden gezien waar de bedoeling van de opstellers van een Verbondsregeling uit mocht worden afgeleid.⁸ Vanzelfsprekend is dit naar mijn mening niet, zeker niet bij standaardpolissen die aan consumenten worden verkocht. Er is natuurlijk geen consument die Verbondsregelingen leest, laat staan het WPNR.⁹

De Hoge Raad zet zich aan de taak om te onderzoeken welke uitleg van art. 14 het meest aannemelijk voorkomt. Eerst geeft hij het standpunt van de verzekeraar weer:

“(…) 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. (...)”

De verzekeraar stelt zich dus eigenlijk op het standpunt dat de soep niet zo heet wordt gegeten als de tekst van art. 14 misschien suggereert: na dertig dagen is [64] de verzekerde zijn rechten niet kwijt. Bovendien kan de verzekerde altijd een beroep doen op een ‘protocol’ van het Verbond, waar ook Nationale-Nederlanden lid van is. Het protocol waar de verzekeraar zich op beroept, is het *Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen 2016* van het Verbond. Uit dat protocol zou blijken, aldus de verzekeraar, dat de verzekerde ook nadat de verzekeraar een standpunt heeft ingenomen over het arbeidsongeschiktheidspercentage, een second opinion kan zoeken.

⁸ Zie HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, NJ 2018/463 (*opzetclausule*) resp. HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9402, NJ 2005/498 (*BBR Regres*). Dat de Hoge Raad de zelfregulering van het Verbond de facto als de minimumnorm voor de verzekeringsbranche ziet, blijkt bijv. uit HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 (*Code Persoonlijk Onderzoek*): niet-naleving van Verbondsregels door een aangesloten verzekeraar wordt vrij snel gelijk gesteld aan onbetamelijk handelen (zie daarover ook E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2014-2019 (deel II)', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2019, p. 179-181). Dat laatste volgt inmiddels ook min of meer uit art. 6:193c lid 2 aanhef en onder b jo. art. 6:193a lid 1 aanhef en onder j BW.

⁹ Naar Duits recht komt het daarom aan op de objectieve uitleg van de polisvoorwaarden zoals een gemiddelde verzekeringnemer zonder bijzondere kennis van verzekeringsrecht deze moet begrijpen ingeval van oplettende en opmerkelijke beoordeling en lezing in het licht van de documentcontext. Niet algemeen toegankelijke bronnen zoals de totstandkomingsgeschiedenis van bepaalde bedingen worden niet betrokken bij de uitleg. Zie D. Schaffrin, *Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich (Diss. Köln)*, Karlsruhe: VVW 2016, p. 83 e.v.

Dit standpunt van de verzekeraar is – laat ik maar direct zeggen waar het op staat – wonderlijk en problematisch. Het standpunt is allereerst wonderlijk omdat het niet vaak voorkomt dat een verzekeraar bij wijze van verweer stelt dat de eigen polisvoorwaarden niet al te serieus moeten worden genomen. Het standpunt is bovendien om meerdere redenen problematisch:

- Een protocol waar een verzekeraar uit hoofde van haar lidmaatschap van het Verbond aan is gehouden, maakt niet zomaar deel uit van een verzekeringsovereenkomst, en dus is het niet gegeven dat het onderdeel van de uitleg kan zijn
- Voor een contracterende consument die een economische beslissing wil nemen en daarbij zijn best doet om polisvoorwaarden te vergelijken, is niet op voorhand zonneklaar is hoe deze ‘samengestelde uitleg’ – het lezen van de polisvoorwaarden in het licht van de verenigingsregels waar de verzekeraar aan gebonden is (maar de verzekerde niet!) – moet worden toegepast, laat staan welke regels ingeval van strijdigheid dan voorrang behoren te krijgen
- Het Verbondsprotocol 2016 vermeldt uitdrukkelijk het recht op een ‘second opinion’.¹⁰ In de 2011 versie staat dat helemaal niet; daar staat alleen maar dat de verzekerde ofwel moet klagen bij de directie danwel naar het KiFiD of de rechter moet stappen. Hoe het mogelijk is dat bij de vraag hoe polisvoorwaarden die in 2001 werden overeengekomen,¹¹ moeten worden uitgelegd en of deze ‘eerlijk’ zijn, mede gelet moet worden op verenigingsregels uit 2016 (die nota bene dus dateren van ná het moment van afwijzing van de claim), is mij een raadsel.

Genoeg reden dus om het standpunt van de verzekeraar te verwerpen. Toch volgt de Hoge Raad - ik steek mijn verbazing niet onder stoelen of banken - de redenering van de verzekeraar. Allereerst constateert de Hoge Raad dat de tekst van art. 14 geen uitsluitel geeft over de betekenis en dat deze dus onduidelijk is:

“(…) 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

¹⁰ Art. 3.1 Protocol 2016: “als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar, dan heeft hij de mogelijkheid om hernieuwd (medisch of arbeidskundig) onderzoek te laten doen (een second opinion).” Het protocol is op 1 april 2011 als ‘Schadeprotocol AOV’ ingevoerd; eind 2011 is het na enkele taalkundige verbeteringen hernoemd tot ‘Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen’ (met dank aan het Verbond voor de verstrekte informatie). De manier waarop verzekeraars de inhoud van het protocol communiceren naar de klant, verschilt. Het Verbond laat dat ook uitdrukkelijk aan de verzekeraar. Het kan dus zijn dat de verzekeraar de inhoud ervan actief onder de aandacht brengt, maar het kan ook dat deze in de kleine lettertjes wordt weggestopt. Bovendien is het recht op second opinion niet verder uitgewerkt, dus verzekeraars kunnen er verschillende interpretaties van de reikwijdte van dit recht op nahouden. En dat doen ze in de praktijk dan ook.

¹¹ Kennelijk is ook geen sprake geweest van (stilzwijgende) verlenging van de AOV, bijvoorbeeld jaarlijks, zodat bij gelegenheid van het eindigen van de looptijd van een verzekering de verzekeraar mededeling had kunnen doen dat bij verlenging voortaan andere voorwaarden zouden gelden. Zie daarover nader M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 422 e.v.

een mogelijkheid heeft om de beoordeling van zijn claim door de verzekeraar te bestrijden indien hij de termijn van 30 dagen niet heeft benut. (...)

Vervolgens geeft de Hoge Raad een set van uitlegregels, waarbij de uitleg ‘contra proferentem’ (art. 6:238 lid 2 BW) een rol speelt, maar ook plaats is voor toepassing van zelfregulering van het Verbond van Verzekeraars:

“3.7.5 In Richtlijn 93/13 is de regel van uitleg opgenomen dat in geval van twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert (art. 5). In het Nederlandse recht is deze regel (‘uitleg contra proferentem’) opgenomen in art. 6:238 lid 2 BW. Voor polisvoorwaarden geldt verder dat, ervan uitgaande dat daarover niet is onderhandeld, de uitleg daarvan met name afhankelijk is van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval bij de polisvoorwaarden behorende toelichting. Onder omstandigheden kunnen ook andere openbare bronnen bij de uitleg van standaardpolisvoorwaarden worden betrokken, mits deze voor een ieder toegankelijk zijn. Daarbij valt te denken aan relevante regelgeving in het kader van zelfregulering binnen het Verbond van Verzekeraars. Deze regels verplichten de leden ervan immers op een bepaalde wijze uitvoering te geven aan hun verplichtingen uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst en bepalen aldus mede wat verzekeringnemer en verzekerde van de verzekeraar mogen verwachten. (Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284, HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4995, NJ 2011/474 en HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601.)

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

Na ontvangst van een claim informeert de verzekeraar de verzekerde welke actie wordt ondernomen, zoals het inschakelen van een controlerend arts of een arbeidsdeskundige (nr. 2.1). De verzekeraar informeert de verzekerde binnen twee weken na ontvangst van het resultaat van het onderzoek/de actie wat haar standpunt is. Indien het standpunt van de verzekeraar niet leidt tot een volledige toekenning van de claim, dan informeert zij de verzekerde gemotiveerd en in heldere bewoordingen waarom zij tot een gedeeltelijke toekenning of afwijzing komt. De verzekeraar biedt de verzekerde daarbij uitdrukkelijk de mogelijkheid het resultaat van de actie op te vragen, en wijst daarbij op de mogelijkheden om bezwaar aan te tekenen. (Zie nr. 2.4 onder het kopje “Standpuntbepaling door de verzekeraar”.)

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

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

- a) een klacht in te dienen bij de directie/het klachtenbureau van de verzekeraar en als dat niet leidt tot een bevredigend resultaat de zaak voor te leggen aan het Kifid;*
- b) de zaak voor te leggen aan de rechter. (Zie nr. 3.3.)*

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

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

[65] Die laatste opmerking is dus onjuist: het recht op ‘second opinion’ stond niet in de versie 2011. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad gooit alle ingrediënten in de blender. De algemene regels van uitleg van schriftelijke overeenkomsten, gecombineerd met de contra proferentem-regel, het gebruik van openbare bronnen zoals het (latere) protocol van het Verbond van Verzekeraars 2016, brengen de Hoge Raad tot de volgende uitleg:

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

Met de ‘samengestelde uitleg’ redt de Hoge Raad art. 14. Er is dus zagezegd sprake van een ‘sauverende uitleg’: een uitleg die het beding redt door het zo uit te leggen dat het onschuldig wordt omdat het een recht op het inschakelen van een eigen deskundige niet uitsluit én de dertig dagen-termijn een dode letter maakt.

Terug naar de inhoudstoetsing

Is het aldus uitgelegde beding oneerlijk (onredelijk bezwarend)? De inhoudstoetsing die de Hoge Raad verricht, ligt goeddeels in de lijn die A-G Hartlief in zijn conclusie volgde. Hartlief concludeerde dat er weliswaar serieuze vraagtekens te plaatsen waren bij de eenzijdige wijze van schadevaststelling bij AOVs, maar daarmee was nog niet gegeven dat het betreffende beding oneerlijk zou zijn; zou het beding er niet zijn, dan zou de verzekerde namelijk niet in een zodanig gunstiger positie hebben verkeerd dat de afwijking door het beding van het regeland recht rechterlijk ingrijpen noodzakelijk zou maken. Hij voegde eraan toe:

“(...) Ik kan mij zeer wel voorstellen, en zou het ook wenselijk vinden, dat verbetering wordt gerealiseerd aan het front van de wijze waarop claims door arbeidsongeschiktheidsverzekeraars worden behandeld, maar het kader van een rechterlijke oneerlijkheidstoetsing na een beroep op Richtlijn 93/13/EEG is hiervoor niet het geëigende middel. Uiteindelijk is het niet aan de rechter om ‘redelijker’ of ‘eerlijker’ bedingen te construeren. De Richtlijn biedt bescherming tegen (in

*verhouding tot het geldende recht) zeer nadelige bedingen. Voor artikel 14 PV geldt weliswaar dat vriendelijker alternatieven vanuit het perspectief van de verzekerde denkbaar zijn en ook (mij) wenselijk voorkomen, maar daarmee is het nog niet een voorbeeld van een zodanig nadelig beding dat het door rechterlijk ingrijpen moet worden 'uitgeschakeld'. (...) het is aan de 'branche', aan verzekeraars dus, om deze handschoen op te pakken. (...)"*¹²

Kort gezegd: de rechter is er niet om redelijke voorwaarden af te dwingen van de verzekeringsbranche, maar slechts om te toetsen of het beding voor de consument zodanig ongunstiger uitpakt in vergelijking met wat tussen partijen zou gelden als het beding niet zou zijn opgenomen in de overeenkomst (dus: het regelend recht, 'de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen'), dat rechterlijk ingrijpen noodzakelijk is. Daarmee wordt de inhoudstoetsing geheel in de sleutel gesteld van een vergelijking met wat tussen partijen naar regelend recht zou gelden als het beding er niet was geweest. De Hoge Raad volgt deze denktrant. Allereerst schetst hij het beoordelingskader: [66]

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

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

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

¹² ECLI:NL:PHR:2018:788, nr. 7.55 e.v.

Dan vat de Hoge Raad nog even samen waartoe de ‘sauverende uitleg’ leidt:

“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.”

Vervolgens zoomt de Hoge Raad verder in op de oneerlijkheidsvraag. Bij het beantwoorden van die vraag moet, aldus de Hoge Raad, eerst worden vastgesteld wat tussen partijen zou gelden als het beding niet zou zijn overeengekomen. Wat zou het regelend recht dan bepalen? De Hoge Raad brengt deze verschillen in kaart:

“3.8.5 (...) 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.”

Alles afwegende, komt de Hoge Raad dan tot het oordeel dat het beding niet oneerlijk is:

“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.”

De afweging van de Hoge Raad heeft iets weg van een ‘you win some, you lose some’ benadering: de consument hoeft dankzij art. 14 niet op eigen kosten een deskundigenrapport op te laten stellen (winst) en daartegenover staat dat hij de deskundige niet mag uitkiezen (verlies). Per saldo is art. 14 polisvoorwaarden dus wel *anders* dan wat tussen partijen zou gelden zonder het artikel, maar is niet zodanig ongunstiger dat rechterlijk ingrijpen noodzakelijk is. Immers, de consument kan altijd gaan procederen om het voor hem ongunstige ‘partij-rapport’ van de [67] verzekeraar te ontcrachten met eigen tegenonderzoek of een rapportage van een door de rechter benoemde deskundige. Art. 14 is dus niet oneerlijk. Met die conclusie wordt het dossier weer teruggestuurd naar de rechtbank; die moet nu eerst het beding uitleggen. Volgt de rechtbank de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan art. 14 polisvoorwaarden, dan moet de rechtbank ervan uitgaan dat de keuringsprocedure in art. 14 de toets der kritiek kan doorstaan wat betreft de wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid door de deskundige die de verzekeraar had aangewezen.

2. Noot

Ik heb in het voorgaande al duidelijk laten merken dat er kritische kanttekeningen zijn te plaatsen bij dit arrest. Ik diep een aantal daarvan hierna nog wat verder uit.¹³

Sauverende uitleg is ongelukkig

De ‘sauverende uitleg’ van polisvoorwaarden is een mantel der liefde die gebrekkige polisvoorwaarden bedekt. Ik vind dat een ongelukkig signaal aan consumenten en verzekeraars. Rammelende polisvoorwaarden zijn namelijk niet verleden tijd. Een snelle zoektocht op het internet laat zien dat AOV-polisvoorwaarden die vandaag bij grote verzekeraars worden gebruikt, lang niet allemaal even toeschietelijk zijn. Sommigen

¹³ Ik ga niet in op de kwestie van het consument-begrip of de vraag wanneer sprake is van een kernbeding. Zie over de reikwijdte van het begrip ‘consument’ bij verzekeringsovereenkomsten bijv. N. Vloemans e.a. , *Verzekering en consument (Preadvies van Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005)*, Amstelveen: DeLex 2007, p. p.1 e.v. Zie over het begrip ‘kernbeding’ bij verzekeringsovereenkomsten bijv. R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 177 ev; M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsovereenkomsten en de consument*, Zutphen: Paris 2010, p. 45 e.v.; M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsovereenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 67 e.v.

schrijven netjes uit dat er een recht op ‘second opinion’ is en dat de verzekeraar de kosten daarvan zal dragen, maar anderen doen dat niet of werpen drempels op.¹⁴ Daarvan kan men soms nog zeggen dat de exacte invulling van de ‘second opinion’ aan de verzekeraar voorbehouden is, mits een en ander ‘duidelijk en begrijpelijk’ is opgeschreven. Maar een verzekeraar die bijvoorbeeld bedingt dat de arts bij de ‘second opinion’ alleen wordt vergoed als de verzekeraar het eens is met de keuze voor de arts, heeft de facto een ongeclausuleerde blokkeringsbevoegdheid waarvan de implicaties niet op voorhand helder zijn. En de onbestemde 30-dagen termijn komt ook nog steeds in polissen voor. Zo las ik in een van de voorwaarden de zinsnede ‘Bent u het niet eens met onze vaststelling, dan moet u ons dat binnen 30 dagen laten weten’. Een ander voegde daar aan toe: ‘Doet u dat niet, dan gaan wij ervan uit dat u het met ons eens bent’. Lekker duidelijk. Kortom, het lijkt erop dat Verbondsleden er uiteenlopende praktijken op na houden. Die waarneming komt overeen met een verontrustende passage in een rapport van het Keurmerk Klantgericht Verzekeren over claimafhandeling:

“Ondanks het feit dat contra-expertise een recht is van de klant, wijst een derde van de keurmerkhouders de klant niet actief op zijn recht. Verder zijn de resultaten mager als het gaat om informatie aan de klant over wie de kosten van contra-expertise betaalt en hoe de keurmerkhouders de hoogte van de kosten daarvoor bepaalt. Iets meer dan de helft van de keurmerkhouders maakt dit duidelijk aan de klant.”¹⁵

Let wel: dit zijn niet zomaar leden van het Verbond, het zijn de ‘gold members’ die bovenop hun verbondsverplichtingen zich óók verplichten tot de zwaardere eisen van het genoemde Keurmerk. Deze praktijken staan haaks op de goede bedoelingen van het Verbond die tot uiting komen in de algemene *Gedragscode verzekeraars* (2018; ongeveer hetzelfde te vinden in vorige versies) die overigens voor alle Verbondsleden geldt:

“Wij behandelen klanten zorgvuldig en verankeren dit in onze cultuur. (...) Wij communiceren helder en open met klanten. (...) Wij zorgen voor begrijpelijke producten en goede informatie hierover. (...) Wij zijn duidelijk over de werking en kosten van producten. (...) Wij zorgen ervoor dat het acceptatie- en het schadebehandelingsproces inzichtelijk zijn voor de klant. (...) Wij motiveren het besluit een klant niet te accepteren schriftelijk en in begrijpelijke bewoordingen. (...) Wij wijzen de klant daarbij op eventuele andere (beroeps)mogelijkheden.”

Mooie woorden, maar niet altijd volledig werkelijkheid. In het licht daarvan zou het m.i. beter zijn geweest als de Hoge Raad iets minder ‘sauverend’ te werk was gegaan. De sauverende uitleg is bovendien onrealistische juristerij waar het bij uitleg in de verhouding tussen verzekeraar en consument ook het gebruik van ‘openbare bronnen’ zoals Verbondsregels toestaat. Misschien dat er bij beurspolissen en andere professionele verzekeringnemers nog sprake van enige realiteitswaarde om dat soort bronnen erbij te pakken, maar van consumenten kan niet worden verwacht dat ze verder kijken dan de polisvoorwaarden. Zelfs de voorbeeldige maatman van de ‘gemiddelde consument’ pakt niet

¹⁴ Bijvoorbeeld: kosten van ‘second opinion’ worden alleen vergoed als de keuze voor de arts in overleg met de verzekeraar tot stand komt; de kosten worden in het geheel niet vergoed, kosten worden slechts voor 50% vergoed.

¹⁵ Themarapportage Claimafhandeling oktober 2018.

de Verbondsregels erbij om de economische consequenties van zijn beslissing te doorgronden (nog daargelaten dat in dit geval die regels er nog niet waren op dat moment).

Het gekozen pad is bovendien contraproductief: als we verzekeraars willen stimuleren om hun voorwaarden op orde te maken, dan heeft het geen zin om met een sauverende uitleg iets te lezen in hun voorwaarden wat er in alle redelijkheid niet in te lezen valt, zoals een recht op ‘second opinion’. Dat is van belang omdat het transparantiegebod, de verplichting om polisvoorwaarden duidelijk en ondubbelzinnig te formuleren (art. 6:238 lid 1 eerste zin BW),¹⁶ een fundamenteel doel heeft dat niet wordt gediend wanneer de rechter slecht geformuleerde bedingen [68] oppoetst. Algemene voorwaarden moeten namelijk duidelijk en ondubbelzinnig zijn met het oog op een belang dat de concrete zaak overstijgt: de gemiddelde consument moet bij het vergelijken van verschillende polisvoorwaarden in staat worden gesteld om zowel de grammaticale betekenis te doorgronden als de economische consequenties van wat er in die voorwaarden staat.¹⁷ Dat is nodig om transparantie van voorwaarden in de markt voor verzekeringsproducten te bereiken, zodat consumenten in staat worden gesteld om producten te vergelijken, om op basis daarvan een contracteerbeslissing te nemen en om zodoende door die beslissingen de concurrentieprincipes op de verzekeringsmarkt hun werk te laten doen. Een ‘sauverende uitleg’ met inachtneming van ‘van alles’ wat níet in de voorwaarden staat, prikkelt niet tot die transparantie.¹⁸

Ten slotte nog dit: het was beter geweest als art. 14 hier in het *nadeel* van de consument was uitgelegd en het beding vervolgens als oneerlijk zou zijn bestempeld. De uitlegregel van art. 6:238 lid 2 tweede zin BW kan wat dat betreft een valkuil voor consumentenbescherming zijn. Die uitlegregel, de *contra proferentem*-regel, houdt in dat bij twijfel over de betekenis van een beding, de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert.¹⁹ Deze regel kan deels worden gezien als een sanctie op het transparantievereiste: is een beding niet duidelijk en begrijpelijk en bestaat er twijfel over de betekenis (bijvoorbeeld omdat het beding redelijkerwijs op twee manieren kan worden uitgelegd), dan dient de uitleg die het gunstigste

¹⁶ Daarover bijv. R.H.C. Jongeneel, 'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 437; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 224; J.H. Wansink e.a., *Asser Bijzondere overeenkomsten, Deel 7-IX - Verzekering*, Deventer: Kluwer 2019, p. 87-88 (nr. 111); p. 275-276 (nr. 338).

¹⁷ HvJEU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kaster*); HvJEU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*); HvJEU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciuc*). Ook een beding dat niet informeert over dwingendrechtelijke bescherming kan daarmee misleidend en dus oneerlijk zijn, aldus HvJEU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*). Over deze ‘Euro-uitleg’ bijv. M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 28 ev.

¹⁸ Zie over de prikkelwerking van het transparantiegebod nader K. Kosche, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law (Diss. Freiburg)*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 192 e.v.

¹⁹ Zie art. 6:238 lid 2 BW en HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83 (*voorwaardelijk opzet-clausule*), r.o. 3.6. De sanctie van de uitleg *contra proferentem* is buiten de gevallen van overeenkomsten met een consument als wederpartij geen vaste regel maar een algemeen gezichtspunt: de rechter mag er bij de uitleg acht op slaan, maar moet ook andere omstandigheden bij de uitleg wegen. Bijv. HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6068, *NJ 1990/583 (Lizkay/Harman)*. Vgl. J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Mon. BW B55)*, Deventer: Kluwer 2016, p. 31-32; T. Rizayi, 'Uitleg van verzekeringsovereenkomsten', in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: SDU 2019, p. 165-166.

is voor de consument voorrang te krijgen.²⁰ De contra proferentem-regel levert weinig op als er überhaupt geen chocola van het beding te maken valt of als zelfs de gunstige uitleg nog steeds minder gunstig is dan wat zonder beding zou hebben gegolden. In de literatuur wordt om deze reden wel gesteld dat het gebruik van een beding dat niet duidelijk en begrijpelijk is, ook mag worden aangepakt via de inhoudstoetsing.²¹ Daarvoor zou de rechter dan een vrij eenvoudige regel moeten hanteren, namelijk: bedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn, kunnen om die enkele reden worden vernietigd. Dat automatisme lijkt ons recht niet te kennen; in ons recht volgt op uitleg een inhoudstoetsing (art. 6:233 aanhef en onder a BW). De Duitsers pakken het fermer aan: op ‘Intransparenz’ staat als sanctie de ‘Unwirksamkeit’ (§ 307 (1) BGB), in onze termen de vernietigbaarheid.²² Dat zou een duidelijke sanctie zijn: een beding dat niet duidelijk en begrijpelijk is, kan om die enkele reden worden vernietigd.²³ Een dergelijke sanctie kan echter vooral soelaas bieden als men *eerst* het gebruikte beding uitlegt in het nadeel van de consument. Daaruit volgt dat uitleg in het nadeel van de consument uiteindelijk in het voordeel van consumenten kan uitpakken, namelijk wanneer het betreffende beding vervolgens zonder meer kan worden vernietigd.²⁴ Dat automatisme lijkt ons recht niet te kennen, en dat is jammer.

Inhoudstoetsing verengd?

Ik gaf hiervoor al aan dat de inhoudstoetsing door de Hoge Raad in de sleutel wordt gesteld van een vergelijking met wat tussen partijen naar regeland recht zou gelden als het beding er niet was geweest. Dat is in lijn met de rechtspraak van het HvJEU, die zich in twee opzichten lijkt te ‘verengen’. In de eerste plaats gaat die rechtspraak er vanuit dat de toetsing of een beding het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13), een *ex tunc* toetsing is. Dat wil zeggen dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding moet worden uitgegaan van het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de gebruiker van het beding op dat moment kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst.²⁵

Ik persoonlijk denk dat deze rechtspraak niet correct is, althans dat deze niet zonder meer past op het stelsel van onze inhoudstoetsing in art. 6:233 e.v. BW.²⁶ Voor de toetsing van het

²⁰ Over de verhouding tussen het transparantievereiste en de contra proferentem-sanctie bijv. R.H.C. Jongeneel, 'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 451 e.v.

²¹ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 226.

²² Zie bijv. C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 185-186.

²³ In die richting neigen voor ons recht bijv. J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Mon. BW B55)*, Deventer: Kluwer 2016, p. 49-50 (als ik het goed lees); M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 241 e.v.; voorzichtiger: R.H.C. Jongeneel, 'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 443-444. Ik kan me overigens voorstellen dat het in concreto (en in het licht van de lidstaatverplichting ex art. 7 lid 1 Richtlijn 93/13 om doeltreffende en geschikte middelen te introduceren om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen) misschien nóg beter zou zijn om de in rechte verschenen consument de keuze te laten: vernietiging of uitleg in zijn voordeel.

²⁴ Over deze uitleg ‘pro proferentem’ bijv. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 232-233.

²⁵ HvJEU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciu*).

²⁶ Omdat Richtlijn 93/13 geen maximumharmonisatie is, mag het Nederlandse recht verdergaande bescherming tegen algemene voorwaarden bieden en dus is men m.i. bij de inhoudstoetsing op grond van art. 6:233 aanhef en

transparantievereiste is het wel terecht om naar het contracteermoment te kijken, omdat het daar gaat om de vraag of de consument voldoende in staat is gesteld om de betekenis van zijn contractbeslissing te doorgronden. Maar voor de inhoudstoetsing van contractbedingen naar Nederlands recht is een ruimere blik nodig. Zo kan een beding dat bij aanvang eerlijk lijkt te zijn, door [69] omstandigheden die zich ná contractsluiting voordoen, alsnog oneerlijk blijken uit te vallen in het licht van de specifieke omstandigheden.²⁷

Een tweede ‘verenging’ ligt op de loer bij de vraag of het beding nadelig is voor de wederpartij in vergelijking met wat zonder het beding zou gelden tussen partijen.²⁸ Meestal is dat regelend recht, want dwingend recht gaat sowieso boven algemene voorwaarden (art. 3:40 BW). De ‘verenging’ die daarbij kan optreden, lijkt ook in de onderhavige zaak een rol te spelen. De Hoge Raad vergelijkt namelijk uitgebreid tussen de juridische situatie die zonder het beding zou zijn ingetreden – de regels van bewijsvoering en deskundigenbewijs die uit het regelend (proces)recht voortvloeien – en de juridische situatie volgens de polisvoorwaarden, en komt vervolgens tot het oordeel dat per saldo de polisvoorwaarden de inhoudstoets van art. 3 lid 1 Richtlijn kunnen doorstaan. We zouden bijna vergeten dat de Richtlijn niet rechtstreeks werkt en dat art. 6:233 aanhef en onder a BW vergt dat de rechter beoordeelt of het beding ‘gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij’. Het gaat om het ‘totaalplaatje’.²⁹ Dat maakt het mogelijk om niet alleen te kijken naar het regelend recht (als dat al wat oplevert), maar ook naar een rechtvaardige balans in de rechten en plichten van de contractspartijen gegeven de aard en strekking van de betreffende overeenkomst, mede in het licht van de concrete omstandigheden van het geval.³⁰

onder a BW niet strikt gebonden aan de ex tunc-benadering of aan de beperking tot vergelijking met het regelend recht.

²⁷ In voorkomende gevallen kan sprake zijn van samenloop tussen art. 6:233 aanhef en onder a BW en art. 6:248 lid 2 BW. Dan geldt dat de wederpartij een keuze moet maken voor de ene of de andere rechtsgrond. Zie HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112 (*Bramer/Hofman*), waarover A.G. Castermans en H.B. Krans, *Samenloop* (*Mon. BW A21*), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 88-89.

²⁸ In de literatuur is wel gesteld dat de rechtspraak zich sinds HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (*T./Dextia*) tot deze toetsing heeft verengd (bijv. C.M.D.S. Pavillon, ‘De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets’, *WPNR* 2017, p. 700 e.v.). Ik neem voor het gemak aan dat dit inderdaad is wat zich afspeelt, maar ik durf er mijn hand niet voor in het vuur te steken (de Hoge Raad oordeelt namelijk dat voor de vraag of een beding oneerlijk is, dient te worden nagegaan of het beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst van partijen voortvloeiende rechten en verplichtingen veroorzaakt ten nadele van de consument, ‘met name doordat als gevolg van dit beding diens uit de wettelijke bepalingen voortvloeiende rechtspositie in daartoe voldoende ernstige mate wordt aangetast’; de zinsnede ‘met name’ sluit niet uit dat andere omstandigheden worden gewogen). Het Duitse recht, waar het idee van de vergelijking met wat zonder het beding zou hebben gegolden, sterk ontwikkeld is, kent die ‘verenging’ in elk geval niet. Er is niet alleen sprake van een ‘unangemessene Benachteiligung’ als het beding niet verenigbaar is met de wezenlijke ‘Grundgedanke’ van de wetbepaling waarvan wordt afgeweken, maar óók als het beding de wezenlijke rechten en plichten die voortvloeien uit de ‘Natur’ (de aard) van de overeenkomst zodanig inperken dat de bereiking van het doel van de overeenkomst in gevaar komt. Die tweede toets is een zelfstandige toets.

²⁹ Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 161 e.v.

³⁰ Ik meen dat een rechter heel wel tot het oordeel kan komen dat het beding *in concreto* onredelijk bezwarend is of het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, net zoals dat in essentie werd geoordeeld door KiFiD 13 mei 2014, nr. 2014-193 en RvT Verzekeringen 21 juni 2006, nr. 2004/52MO, *Verkeersrecht* 2006/69.

Een ‘verenging’ tot de vraag ‘hoe valt de vergelijking met regelend recht uit?’ is m.i. onwenselijk.

Ik merk ten slotte nog op dat de Hoge Raad wel heel onbevagen oordeelt dat ‘de verzekerde de mogelijkheid heeft de uitkomsten ervan met behulp van eigen onderzoek te betwisten’. Juridisch is dat misschien correct, maar dat recht om een eigen onderzoek te starten, staat niet expliciet in art. 14 van de polisvoorwaarden. Het stond in 2001 ook nergens in enig protocol. En lang niet alle verzekeraars waren (en zijn) er zo happig op om dat recht (toe) te geven. De Verbondsregels noemen het recht op ‘second opinion’ pas letterlijk in het Protocol van 2016. Voordien stond het nergens. En de invulling die er sinds 2016 aan wordt gegeven in de praktijk, varieert ook nogal. Sommige verzekeraars werpen de nodige drempels op.³¹ Dat maakt dat de uitkomst van de inhoudstoetsing hier toch de verdenking van juridische scherpelijperij op zich laadt.

Conclusies

Mijn conclusies zijn deze. In de eerste plaats meen ik dat de uitleg van polisvoorwaarden in overeenkomsten waarbij de wederpartij van de gebruiker een consument is, alleen ex tunc dient te geschieden, wanneer die uitleg ertoe dient om vast te stellen of het beding voldoende duidelijk en begrijpelijk was voor de gemiddelde consument om de economische gevolgen van zijn contracteerbeslissing in te schatten op het moment van contracteren. De Hoge Raad heeft dat m.i. uit het oog verloren. In de tweede plaats concludeer ik dat de consument meer belang kan hebben bij een uitleg in zijn nadeel, als het beding daarmee vernietigbaar wordt en na vernietiging een gunstiger rechtstoestand intreedt voor de consument dan bij uitleg in zijn voordeel. In de derde plaats ben ik kritisch over het gebruik door de Hoge Raad van openbare bronnen bij de uitleg; dat gebruik lijkt in dit arrest op het eerste gezicht een ‘consumentvriendelijke’ benadering, maar consumenten procederen zelden over de uitleg van hun polisvoorwaarden. Zij moeten daarom zoveel als mogelijk in staat worden gesteld om die voorwaarden zélf juist te interpreteren en dat kan door streng te zijn op naleving van het transparantiegebod en de overtreding daarvan te sanctioneren met vernietigbaarheid. In de vierde plaats meen ik dat bij de toetsing van een beding in polisvoorwaarden op ‘eerlijkheid’ niet alleen moet worden vergeleken met regelend recht dat zou gelden als het beding niet zou zijn overeengekomen; niet alleen moet worden vergeleken met regelend recht maar ook met eerlijk recht. Soms is het regelend recht gewoon niet de beste vergelijkingsmaatstaf, zeker als het geen rekening houdt met de specifieke (markt)context. In die gevallen is de rechter er wat mij betreft dus wél om redelijke voorwaarden af te dwingen.

³¹ Zie nt. 14.