

Mr. dr. E.J. Wervelman*

De benoeming van deskundigen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen; geen oneerlijk beding; Hoge Raad 28 september 2018

1. INLEIDING

Op 28 september 2018 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen op het terrein van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.¹ De Hoge Raad heeft prejudiciële vragen beantwoord van de Rechtbank Den Haag.² Het arrest geeft antwoord op enkele prangende vragen die de branche van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen reeds enkele jaren verdeeld heeft gehouden.³ In de kern ziet het arrest op de vraag of een vaak voorkomende polisvoorwaarde op grond waarvan arbeidsongeschiktheidsverzekeraars deskundigen benoemen en aan de hand daarvan de mate van arbeidsongeschiktheid vaststellen een oneerlijk beding is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen.⁴ De vraag rijst welke gevolgen het arrest voor de branche heeft. In het hiernavolgende ga ik daarop nader in. Na een beschrijving van de casus (paragraaf 2) en de prejudiciële vragen (paragraaf 3) volgt bespreking van de antwoorden op de vragen in de paragrafen 4.1 tot en met 4.5, voorzien van commentaar. Tevens is daarbij – waar relevant – aandacht geschonken aan de conclusie van advocaat-generaal Hartlief van 6 juli 2018.⁵ De paragrafen 4.6 en 4.7 behandelen de second opinion aan de hand van diens conclusie. Paragraaf 5 vormt de afsluiting.

2. DE CASUS

Een consultant had per 12 januari 2001 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten. Blijkens het polisblad was als beroep verzekerd: 'Consultant commercieel/administratief werkzaam'. Verzekerde meldde zich met ingang van 16 april 2007 arbeidsongeschikt bij verzekeraar

wegens surmenage.⁶ Een definitieve diagnose moest nog gesteld worden. Verzekerde was doorverwezen naar de huisarts en kwam onder behandeling van een psycholoog. Naar bleek kampte hij al 2 jaar met vermoeidheidsklachten die te wijten waren aan langdurige overbelasting. De diagnose aanpassingsstoornis, niet gespecificeerd (burn-out), werd gesteld en een behandeling gericht op het normaliseren van het energieniveau werd ingezet. Het begrip 'arbeidsongeschiktheid' was in art. 5 van de toepasselijke polisvoorwaarden gedefinieerd als volgt:

'Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor verzekerde voor tenminste 25% ongeschikt is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep. Hierbij wordt uitgegaan van de beroepsbezigheden die in de regel 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.'

De vaststelling van de uitkering geschiedde volgens art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden luidende als volgt:

'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

* Mr. dr. E.J. Wervelman is advocaat bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten te Utrecht.

1. ECLI:NL:HR:2018:1800.

2. Rb. Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16419. Zie ook tussenvonnissen Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2633.

3. Vgl. Rb. Gelderland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4772, waarin zij een soortgelijke clause in een verzuimverzekering niet onredelijk bezwarend achtte. Zie ook Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2856, waarin het hof ambtshalve onderzoekt of de toepasselijke polisvoorwaarden een oneerlijk beding bevatten; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4228, waarin een vervaltermijn als oneerlijk beding werd betiteld. Zie ook Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4417, RAV 2018/15, dat een polisvoorwaarde die verzekerde verplichtte om in Nederland te wonen als onredelijk bezwarend aanmerkte en vernietigde.

4. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie omtrent oneerlijke bedingen voorts: A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', AA 2017, p. 218-223; P.M. Leerink, 'Oneerlijke bedingen in de arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV)', TAV 2016/163; M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes & M.H. Pluymen, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse e.a., *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 60-70.

5. ECLI:NL:PHR:2018:788.

6. 'Surmenage' is een ander woord voor overspannenheid.

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.'

Verzekerde ontving aanvankelijk na arbeidsdeskundig onderzoek een uitkering op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid. Met behulp van een coach werd gestreefd naar geleidelijke uitbreiding van de werkzaamheden. Dat resulteerde in een indeling in een arbeidsongeschiktheidsklasse van 55-65%. Verzekerde verzette zich daar niet tegen. De behandeling bij de psycholoog werd beëindigd. Verder herstel bleef uit, waarna verzekeraar een psychiatrische expertise liet verrichten. Naar aanleiding daarvan daalde het arbeidsongeschiktheidspercentage aanvaankelijk. Aansluitend ging het echter weer slechter met verzekerde en keerde verzekeraar opnieuw volledig uit. Enkele jaren later volgde een psychiatrische herexpertise. Aansluitend vond arbeidsdeskundig onderzoek plaats waarbij werd besproken dat verzekerde zijn werkzaamheden geleidelijk weer zou gaan uitbreiden per 1 februari 2012. De mate van arbeidsongeschiktheid werd tegen die datum ingedeeld in de klasse 55-65% en werd de maanden daarna afgebouwd naar 35-45%. Verdere verbetering bleef uit waarna latere psychologische hulp werd aangeboden door verzekeraar. Begeleiding en re-integratie stagneerden. De uitkering werd gecontinueerd op basis van 25-35% arbeidsongeschiktheid tot 31 december 2013. Op 14 mei 2014 meldde verzekerde zich opnieuw arbeidsongeschikt vanwege vermoeidheid. Hij liet weten door een internist te zijn gezien. Daarbij was de diagnose hemochromatose⁷ met verdenking van sarcoidose⁸ gesteld. De medisch adviseur van verzekeraar liet weten dat de moeheidsklachten op zichzelf op een termijn van 6 tot 12 maanden zouden moeten verbeteren. Verzekerde betoogde echter in het geheel niet meer te kunnen werken, reden waarom verzekeraar een verzekeringsgeneeskundig onderzoek liet plaatsvinden. De daaruit voortvloeiende bevindingen leidden volgens verzekeraar tot niet meer dan 25% arbeidsongeschiktheid. Dat bleek uit arbeidsdeskundig onderzoek dat aansluitend plaatsvond. Verzekerde was het daarmee niet eens en dagvaardde verzekeraar. In de procedure die volgde erkende verzekeraar op zichzelf dat sprake was van sarcoidose, hemochromatose en vermoeidheidsklachten. Verzekeraar betwistte echter dat verzekerde op die grond volledig arbeidsongeschikt was in de zin van de polis.

3. DE PROCESGANG EN DE PREJUDICIËLE VRAGEN

De rechtbank overwoog bij tussenvonnis van 15 november 2017⁹ dat weliswaar vaststond dat sarcoidose en hemochromatose tot vermoeidheidsklachten kunnen leiden. Echter of en zo ja in hoeverre de klachten die verzekerde aangaf ook daadwerkelijk (alleen) voortvloeiden uit de

gestelde diagnoses diende objectief medisch te worden vastgesteld door een verzekeringsarts. Verzekeraar was van oordeel dat de nodige objectieve beoordeling inmiddels correct had plaatsgevonden door inschakeling van een externe verzekeringsarts. Verzekeraar meende dat hij in redelijkheid mocht afgaan op diens bevindingen en op de daarop gebaseerde arbeidsdeskundige conclusies. De rechtbank overwoog dat niet in geschil was dat over de polisvoorwaarden niet was onderhandeld. En dus ook niet over art. 14. Verzekeraar nam dit beding standaard op in zijn polisvoorwaarden bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De rechtbank overwoog dat een verzekeringsgeneeskundig onderzoek op verzoek van verzekeraar had plaatsgevonden. De aanwezige medische behandelingsinformatie was in diens rapporten betrokken. Daarnaast overwoog de rechtbank dat de verzekeringsarts zelfstandig werkend was en niet in loondienst bij verzekeraar. Bovendien had hij zijn rapport in het kader van het inzag- en correctierecht eerst aan verzekerde toegezonden.

Verzekerde betoogde dat de polisvoorwaarde een oneerlijk beding was, nu dat eenzijdig was opgesteld en verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid kon bepalen aan de hand van door haar ingeschakelde deskundigen. Voorts betoogde verzekerde dat de aldus tot stand gekomen rapporten geheel buiten beschouwing moesten blijven, nu deze voortvloeiden uit een oneerlijk beding. De Rechtbank Den Haag onderkende het zaaksoverstijgende belang en vond aanleiding om de volgende prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad:

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 art. 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 verzekeraar aangewezen deskundigen, als ten aanzien van de bewaartermijn 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 art. 14 van de polisvoorwaarden als een oneerlijk beding moet worden aangemerkt, heeft de rechtbank nog de navolgende vragen:

7. 'Hemochromatose' is een erfelijke ziekte, waarbij de ijzeropname in het lichaam is toegenomen tot boven het fysiologische niveau. Hierdoor ontstaat een overschot aan ijzer, waarbij zich stapeling in diverse organen kan voordoen.

8. 'Sarcoidose' is een zeldzame ziekte waarbij, door onbekende oorzaak, ontstekingen ontstaan.

9. ECLI:NL:RBDHA:2017:16419.

4. Wat is de bewijsrechtelijke status van de rapportages die reeds op grond van art. 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 kennisnemen van de op grond van art. 14 van de polisvoorwaarden tot stand gekomen rapportages?

4. DE BEANTWOORDING VAN DE PREJUDICIËLE VRAGEN

Advocaat-Generaal Hartlief heeft in zijn conclusie van 6 juli 2018 (zeer) uitvoerig geantwoord op de gestelde vragen.¹⁰ Kort gezegd komt hij tot de slotsom dat als de arbeidsongeschiktheidsverzekering is aangegaan als consument, art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden niet als oneerlijk beding moet worden aangemerkt. De Hoge Raad volgt Hartlief in zijn arrest van 28 september 2018. In het hiernavolgende is het arrest besproken, mede ook in het licht van de conclusie van Hartlief.

4.1. De eerste prejudiciële vraag: het begrip 'consument'

De Richtlijn 93/13/EEG biedt bescherming aan consumenten. Een 'consument' is volgens art. 2 onderdeel b van de richtlijn iedere natuurlijk persoon die bij onder de richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.¹¹ Bepalend voor de toepasselijkheid van de richtlijn is de hoedanigheid van de contractuele wederpartij van de verkoper. Deze moet, om de bescherming van de richtlijn te kunnen genieten, ten eerste een natuurlijk persoon zijn en ten tweede handelen voor doeleinden die gelegen zijn buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. 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 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. Dat moet met name worden afgeleid uit de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeen-

komst betrekking heeft.¹² De Hoge Raad verwijst in zijn arrest op twee beschikkingen van het Hof van Justitie EU. Daarin heeft het Hof overwogen dat onderzocht moet worden of de contractuele band deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of bedrijf.¹³

De Hoge Raad geeft aan dat het Hof van Justitie EU verduidelijkt heeft dat ook als een natuurlijk persoon een overeenkomst (mede) aangaat ten behoeve van een bedrijf de betrokkene nog steeds als consument kan worden aangemerkt. Hij dient dan echter zelf geen functionele banden met het bedrijf te hebben. De Hoge Raad vervolgt:

'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.'

Hartlief geeft in overweging 5.4 van zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad aan dat alleen een natuurlijk persoon consument kan zijn. Een voorbeeld van een rechtspersoon (in Nederland) is een besloten vennootschap (B.V.). Deze is dus niet als consument te beschouwen. Dit vloeit ook voort uit de omschrijving van de richtlijn en is bovendien in 2001 bevestigd door het Hof van Justitie EU.¹⁴

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

4.2. Art. 14: een kernbeding?

Vervolgens heeft de Hoge Raad getoetst of art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden een kernbeding was, zoals verzekeraar had aangevoerd. De vraagstelling die de rechtbank had ontworpen ging ervan uit dat daar geen sprake van was. Nu verzekeraar zich echter op het standpunt stelde dat het wel ging om een kernbeding, zag

10. ECLI:NL:PHR:2018:788.

11. HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*).

12. HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*); HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262, RAV 2015/70 (*Van Hove*).

13. HvJ EU 19 november 2015, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcău*); HvJ EU 14 september 2016, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitraș*).

14. HvJ EG 22 november 2001, ECLI:EU:C:2001:625 (*Cape/Idéal Service*).

de Hoge Raad zich genoodzaakt om daar nader op in te gaan. Kernbedingen kunnen niet op eerlijkheid worden getoetst, maar wel op duidelijkheid en begrijpelijkheid.¹⁵ Ook afdeling 6.5.3 BW zondert kernbedingen uit van toetsing. Art. 6:231 BW definieert kernbedingen als ‘bedingen die de kern van de prestaties aangeven’. Naar vaste rechtspraak moet dat begrip zo beperkt mogelijk worden opgevat, gelet op zijn ontstaansgeschiedenis en in het licht van art. 4 lid 2 richtlijn. Daarbij geldt als vuistregel dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen niet tot stand komt.¹⁶ Gelet hierop overweegt de Hoge Raad dat art. 14 van de polisvoorwaarden niet als kernbeding kan worden aangemerkt, ongeacht de precieze strekking ervan:

‘Het beding gaat over de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis en is geen beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijft of afbakt. Ook kan niet worden gezegd dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zonder het beding onvoldoende bepaalbaar zouden zijn. De wijze van vaststelling van de gestelde arbeidsongeschiktheid zou dan immers door de toepasselijke wettelijke regels worden bepaald.’

4.3. Commentaar

De opvatting van de Hoge Raad over kernbedingen sluit aan op de literatuur¹⁷ en het Hof van Justitie EU.¹⁸ Kernbedingen hebben immers betrekking op de omvang van de dekking. Meer specifiek gaat het daarbij om bedingen die de inhoud en de premiestelling van de verzekering rechtstreeks beïnvloeden. Daartoe behoren ook clausules die de voor de dekking van verzekerde zaken bepalende waardemaatstaf aangeven, alsook de in beginsel tot de omschrijving van de dekking behorende detailuitsluitingen. Het gaat om bedingen die zo wezenlijk zijn ter afbakening van het verzekerde risico dat het al dan niet deel uitmaken daarvan van de polisvoorwaarden de schadelast en daarmee de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt.¹⁹ Art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden is ontegenzeggelijk een belangrijke bepaling, maar niet rechtstreeks van invloed op de hoogte van de premie. In de woorden van het Hof van Justitie EU bij arrest van 23 april 2015²⁰ is het een bepaling die een aanvulling vormt op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen. En dus is het geen kernbeding.²¹

4.4. De tweede en derde prejudiciële vraag

De tweede prejudiciële vraag is erop gericht of art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden voor consumenten een oneerlijk beding is, zowel ten aanzien van het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid door de deskundigen die verzekeraar heeft aangewezen, als ten aanzien van de bezwaartermijn van 30 dagen. De derde prejudiciële vraag luidt of daarbij van belang is of verzekerde op grond van de polis dan wel op grond van beleid van verzekeraar om een herbeoordeling (second opinion) kan vragen en op welke wijze. De Hoge Raad heeft deze vragen gecombineerd beantwoord.

De Hoge Raad begint te onderzoeken welke uitleg het meest aannemelijk voorkomt. De Hoge Raad achtte zich daartoe gehouden, nu de rechtbank de betekenis van art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden nog niet had vastgesteld. De tekst van het beding geeft volgens de Hoge Raad geen uitsluitel over de betekenis ervan. Immers worden daarin zowel de woorden ‘vastgesteld’, respectievelijk ‘vaststelling’ gebruikt als het woord ‘standpunt’. Daarnaast is volgens de Hoge Raad niet duidelijk wat de strekking is van de aan het slot vermelde bezwaartermijn van 30 dagen, respectievelijk de veronderstelde acceptatie van het standpunt van verzekeraar, indien deze termijn ongebruikt verstrijkt. De Hoge Raad overweegt:

‘In Richtlijn 93/13/EEG is de regel van uitleg opgenomen dat ingeval 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 eenieder toegankelijk zijn. Daarbij valt te denken aan relevante regelgeving in het kader van zelfregulering binnen het Verbond van Verzekeraars. Deze regels verplichten hun 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, NJ 2008/84, HR 26 fe-

15. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 23 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 15-15a.

16. HR 19 september 1997, NJ 1998/6 (*Assoud/SNS*); HR 21 februari 2003, NJ 2004/567, m.nt. Jac. Hijma (*Park Woningen Hoge Heide*); *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1521 en 1527.

17. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/179.

18. ECLI:EU:C:2015:262, RAV 2015/70.

19. J.H. Wansink, ‘De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging’, *AV&S* 2000, afl. 1, p. 14-15.

20. Vgl. HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262, RAV 2015/70 (*Van Hove*).

21. Zie over kernbedingen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voorts: HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262, RAV 2015/70; Hof Amsterdam 30 september 2008, RAV 2009/16 en Hof Den Haag 16 maart 1993, NJ 1994/284. Zie hieromtrent voorts: E.J. Wervelman, ‘De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (5e druk), p. 1013.

bruari 2010, NJ 2011/474 en HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601.)'

De Hoge Raad besteedt uitvoerig aandacht aan het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen dat het Verbond van Verzekeraars in 2016 heeft opgesteld. Het Protocol is bindend voor de leden. Het Protocol bepaalt dat verzekeraar de verzekerde na ontvangst van een claim informeert welke actie wordt ondernomen, zoals het inschakelen van een controlerend arts of een arbeidsdeskundige. Verzekeraar informeert verzekerde binnen twee weken na ontvangst van het resultaat van het onderzoek wat zijn standpunt is. Indien het standpunt niet leidt tot een volledige toekenning van de claim, dan informeert hij verzekerde gemotiveerd en in heldere bewoordingen waarom hij tot een gedeeltelijke toekenning of afwijzing komt. Verzekeraar biedt verzekerde daarbij uitdrukkelijk de mogelijkheid het resultaat van de actie op te vragen. Tevens wijst hij op de mogelijkheden om bezwaar aan te tekenen. In dat verband bestaat de mogelijkheid om hernieuwd medisch of arbeidsdeskundig onderzoek te laten doen in de vorm van een second opinion.

De Hoge Raad overweegt dat de procedure ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid die is beschreven in het Protocol leidt tot een standpunt van verzekeraar. Verzekerde kan tegen dat standpunt bezwaar maken bij het klachtenbureau van verzekeraar, het Kifid of de rechter. Zelfs als de termijn van 30 dagen niet (tijdig) is benut. Art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden heeft volgens de Hoge Raad dan ook geen ander doel dan het bevorderen van een voortvarende afwikkeling van de claim zonder dat aan het benutten van die termijn een sanctie is verbonden. In zoverre heeft het beding dus volgens de Hoge Raad geen betekenis voor de rechtspositie van verzekerde.

Ten aanzien van de beoordeling van de 'oneerlijkheid' van een beding als bedoeld in art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden gaat het er volgens de Hoge Raad om te bepalen of sprake is van een 'aanzienlijke verstoring' van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien voor partijen. Met name moet daarbij rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht in de situatie dat partijen op dit punt geen regeling zouden 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 de 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 HvJ EU 14 maart 2013, NJ 2013/374; HvJ EU 16 januari 2014, NJ 2014/247).'

De Hoge Raad vervolgt dat de nationale rechter dient 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 was onderhandeld. Naar Nederlands recht is daarbij volgens de Hoge Raad allereerst van belang dat het aan verzekerde is om te bewijzen dat hij arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden en in welke mate. Dat vloeit voort uit art. 150 Rv.²² De kosten daarvan dient hij te dragen, indien hij een deskundige daartoe inschakelt. Als verzekeraar het standpunt betwist kan de rechter een deskundige benoemen. Daarbij heeft verzekerde dan inspraak bij de aanwijzing van de deskundige en de aan deze te stellen vragen. Daarnaast, zo vervolgt de Hoge Raad, geldt art. 7:941 lid 2 BW. Dat wetsartikel verplicht verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde om binnen een redelijke termijn alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor verzekeraar van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Dat brengt een medewerkingsverplichting mee. Bij gebreke van naleving daarvan kan verzekeraar daar onder omstandigheden sancties aan verbinden.

Het verschil in rechtspositie van verzekerde ligt volgens de Hoge Raad dan ook hierin dat bij gelding van het beding (i) verzekeraar op zijn kosten onderzoek laat doen naar de (gestelde) arbeidsongeschiktheid van verzekerde, maar; (ii) 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 heeft voor verzekerde als voordeel dat hij zonder het beding de onderzoekskosten voor eigen rekening zou moeten nemen. Het tweede verschil is in het nadeel van verzekerde. Hij verkrijgt immers een rapport op de toestandkoming waarvan hij geen invloed heeft kunnen uitoefenen voor wat betreft de keuze van de persoon van de deskundige en de vragen. De Hoge Raad plaatst daar wel een paar belangrijke kanttekeningen bij. Het rapport heeft immers geen andere status dan een partijrapport. Verzekerde heeft de mogelijkheid om de uitkomsten daarvan 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 toestandkoming 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.'

22. Vgl. HR 24 maart 1995, NJ 1995/350.

Alles overziend concludeert de Hoge Raad dat art. 14 van de toepasselijke polisvoorwaarden geen aanzienlijke verstoring van het evenwicht meebrengt, hoewel twijfel kan bestaan over de wenselijkheid van het gebrek aan inspraak bij de deskundige en de aan deze te stellen vragen.

Aandacht verdient A-G Hartlief die er in zijn conclusie voor het arrest op wijst dat het er niet om gaat of een eerlijker of redelijker beding mogelijk is. Evenmin gaat het om een betere of wellicht ideale situatie. Het is ook 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. A-G Hartlief overweegt daarover als volgt:

‘Voor art. 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”.’

A-G Hartlief (en in zekere zin ook de Hoge Raad) bespreekt ook de eisen die uit oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid worden gesteld aan deskundigen die verzekeraars inschakelen. Daarbij wijst hij erop dat alle medici die bij claims als deze krachtens arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden betrokken tuchtrechtelijk toetsbaar zijn. Datzelfde geldt voor arbeidsdeskundigen. Verzekeraars benoemen voor arbeidsdeskundige beoordelingen – zonder uitzondering – arbeidsdeskundigen die zijn ingeschreven in het register van de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA). Deze arbeidsdeskundigen zijn gebonden aan de Gedragscode SRA en tuchtrechtelijk toetsbaar ten overstaan van het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege en het Centraal Arbeidsdeskundig Tuchtcollege.²³

4.5. Commentaar

Het lijkt op het eerste gezicht opvallend dat de Hoge Raad tot een diametraal ander standpunt komt dan het vertrekpunt van deze discussie dat wordt gevormd door het tussenarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016.²⁴ Toch is dat – bij nader inzien – niet zo opmerkelijk. Om twee redenen. In de lagere rechtspraak ontbreekt allereerst de essentiële toets van de wat ik zou willen noemen ‘wegdenktournure’. In de zin dat de rechter moet nagaan of het beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht oplevert, indien partijen op dit punt geen regeling zouden hebben getroffen.²⁵ Een tweede essentieel verschil ligt erin dat de Hoge Raad erop wijst dat het niet gaat om een polisvoorwaarde waarin (in feite) sprake is van een partijbeslissing in de zin van art. 7:904 lid 1 BW. Deze beslissing is alleen marginaal door de rechter te toetsen. Neen, het gaat volgens de

Hoge Raad (slechts) om een standpuntbepaling door verzekeraar. De reeds opgestelde rapporten hebben ingevolge art. 152 lid 2 Rv vrije bewijskracht. Partijen zijn immers niet gebonden aan de beoordeling van de door verzekeraar volgens art. 14 van de polisvoorwaarden benoemde deskundigen. Niet voor niets biedt art. 152 Rv de rechter de mogelijkheid om de bezwaren tegen reeds bestaande deskundigenrapporten, waaronder bezwaren tegen de persoon van de deskundige, mee te wegen. De waardering van het bewijs is immers voorbehouden aan de rechter die oordeelt over de feiten. Daarin heeft hij een grote mate van vrijheid.²⁶

4.6. Het belang van een second opinion, het ‘wegen’ van de bezwaren en onrechtmatig bewijs

De Hoge Raad beantwoordt de tweede prejudiciële vraag ontkennend. Dat heeft tot gevolg dat het antwoord op vraag drie (welke gezichtspunten en omstandigheden bij de beantwoording van de tweede vraag in aanmerking zijn genomen) daarin ligt besloten. Daardoor komt de Hoge Raad dus niet toe aan bespreking van de second opinion. Hartlief heeft daaraan in zijn conclusie voor het arrest niettemin aandacht geschonken. Hartlief wijst erop dat in zijn opvatting, waarin art. 14 van de polisvoorwaarden de oneerlijkheidstoets kan doorstaan, compensatie door een eventuele second opinion niet nodig is. Wel geeft hij aan dat die mogelijkheid de balans nog wat verder laat doorslaan in de richting van ‘niet oneerlijk’.

Hartlief wijst erop dat in de praktijk diverse vormen van herbeoordelingen bestaan. De meest verstrekkende is dat de uitslag van de herkeuring door beide partijen als bindend wordt geaccepteerd. In sommige arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is dat met zoveel woorden bepaald. Alhoewel een dergelijke regeling zekerheid biedt, is dat geen gangbare invulling van het begrip ‘second opinion’. Doorgaans houdt een second opinion in dat een tweede deskundige de reeds bestaande beoordeling opnieuw beziet, aldus nog steeds Hartlief.

Hij vraagt in dit verband aandacht voor de afdwingbaarheid van het recht op een second opinion. Het enkele feit dat dat recht is opgenomen in een protocol acht hij onvoldoende. Verzekeraars zijn daaraan weliswaar gebonden, maar niet gesteld of gebleken is volgens hem dat verzekeringnemers ook voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst van het Protocol op de hoogte worden gesteld. Hartlief sluit hiermee aan op de overwegingen van het Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 30 augustus 2016.²⁷ Daarin overweegt hij dat het verweer van verzekeraar dat hij in de regel rekening houdt met de wensen van de verzekerde op dit punt en dat er op verzoek van verzekerde een contra-expertise kan plaatsvinden ‘waar zou kunnen zijn’. Verzekeraar miskende volgens het hof evenwel dat er in de polisvoorwaarden geen recht op inspraak bij de benoeming van de deskundigen, noch een recht op contra-expertise en een kosten-

23. De beslissingen van de beide tuchtcolleges zijn te kennen via www.register-arbeidsdeskundigen.nl.

24. ECLI:NL:GHARL:2016:2316.

25. Deze essentiële toetsing ontbreekt ook in het vonnis van Rb. Gelderland 27 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4961; Rb. Gelderland 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736 en Rb. Rotterdam 23 november 2016, JA 2017/60, m.nt. EJW.

26. Vgl. HR 5 december 2003, NJ 2004/74.

27. ECLI:NL:GHARL:2016:6941.

regeling was toegekend. Verzekerde kon die inspraak en de contra-expertise uit hoofde van de overeenkomst dus niet afdwingen. Daaraan voegde het hof nog toe dat indien verzekeraar mogelijk in voorkomende gevallen in praktische zin zo handelt, waarvan overigens in die zaak niet was gebleken, daaraan niet afdoet.²⁸

De overweging van de Hoge Raad in het arrest van 28 september jl. dat de polisvoorwaarde waarin de benoeming van deskundigen door arbeidsongeschiktheidsverzekeraars is bepaald geen oneerlijk beding is, snijdt de pas af voor het veelgehoorde betoog van belangenbehartigers dat medische en arbeidsdeskundige rapportages onrechtmatig waren verkregen, omdat deze tot stand waren gekomen op basis van een oneerlijk beding. Hartlief wijst erop dat het enkele wegvallen van de polisvoorwaarde waarin verzekeraar de deskundige benoemt echter niet betekent dat reeds opgestelde deskundigenrapporten onrechtmatig zijn verkregen. De polisvoorwaarden en art. 7:941 BW bieden daarvoor immers op zichzelf een grondslag. Bovendien geldt dat in een civiel geding onrechtmatig verkregen bewijs wel degelijk kan worden gebruikt.²⁹ In beginsel wegen het algemene belang dat de waarheid aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te maken zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs, aldus Hartlief, die vervolgt dat er bijkomende omstandigheden vereist zijn die maken dat het verkregen bewijs als onrechtmatig verkregen wordt aangemerkt. Bijvoorbeeld dat het bewijs is verkregen door een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Het aanmerken van een beding als het onderhavige als oneerlijk levert naar zijn mening niet zodanige bijkomstige omstandigheden op.

Het voorgaande heeft echter tevens tot gevolg dat het gaat om het 'wegen van de bezwaren' tegen een rapport dat op verzoek van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar is opgesteld tegen de achtergrond van het overige voorhanden zijnde medisch en/of arbeidsdeskundig materiaal. Hartlief geeft aan dat verzekeraar in een gerechtelijke procedure de betreffende rapportages in het geding zou kunnen brengen als zijnde een partij-expertise om zo tegenbewijs te leveren tegen het standpunt van verzekerde. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan van het verzekerd evenement krachtens de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de mate van arbeidsongeschiktheid berusten immers in beginsel uit hoofde van art. 150 Rv op verzekerde.³⁰ Hartlief acht niet nodig dat reeds bestaande deskundigenrapporten bij voorbaat geheel van het bewijs worden uitgesloten. Het onderscheid tussen partijrapporten en rapporten die op gezamenlijk verzoek zijn tot stand gekomen zal voornamelijk liggen in de ob-

jectiviteit van de formulering van de voorgelegde vragen. De rechter kan oordelen dat het rapport van een partijdeskundige niet als onafhankelijk deskundigenrapport geldt. Dat is zeker het geval wanneer het rapport zowel wat betreft de inhoud, als de wijze van de totstandkoming ervan gemotiveerd wordt betwist. In dat geval heeft de rechter de ruimte om daaraan met toepassing van art. 152 Rv geen of beperkte bewijskracht toe te kennen. Op die manier wordt gecompenseerd voor een eventueel gebrek aan objectiviteit van de aangezochte deskundige.³¹

Ook overigens kan het betoog dat om welke reden dan ook (betwiste) rapportages niet onder de aandacht van een te benoemen deskundige mogen worden gebracht volgens Hartlief niet slagen. Een deskundige zal immers moeten beschikken over alle feiten die op zijn vakgebied liggen en die tussen partijen in geschil zijn. Hiermee acht Hartlief onverenigbaar dat een door de rechter benoemde deskundige niet zou mogen beschikken over reeds bestaande rapportages die de rechter wel in zijn beoordeling kan betrekken. Daarom ook wordt een benoemde deskundige voorzien van een kopie van het procesdossier waarin zich reeds opgemaakte rapportages zullen bevinden die immers als productie in het geding zijn gebracht. Leidend lijkt Hartlief dat de deskundige in staat moet worden gesteld om een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Voor zover vrees bestaat dat de deskundige zich door de eerdere rapporten zou laten beïnvloeden, geldt dat hij op grond van art. 198 lid 1 Rv gehouden is zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te verrichten. Deze verplichting vormt volgens hem een voldoende waarborg tegen eventuele beïnvloeding.

4.7. Commentaar

De waarborgen die Hartlief schetst bij gerechtelijke procedures gelden onverkort buiten rechte, indien partijen gezamenlijk een of meer deskundigen hebben benoemd.³² In dat geval zullen partijen in de deskundige(n) het vertrouwen hebben dat deze zorgvuldig werk verricht(en) en daarbij aldus de hierboven door Hartlief genoemde verplichtingen in acht neemt (nemen) die op de deskundige(n) rusten. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat onwenselijk is dat de situatie zou gaan bestaan in het geval partijen onverhoopt in een gerechtelijke procedure belanden op basis van rapportages waaraan dan aldus een medisch of arbeidsdeskundig rapport ten grondslag ligt waarin niet alle feiten zijn betrokken die op het vakgebied van de deskundige liggen, maar die wel tussen partijen in geschil zijn.

28. Vgl. in dit verband Rb. Den Haag 2 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1860, waarin de rechtbank overweegt dat geen sprake was van een oneerlijk beding nu contractueel een herbeoordelingsprocedure was verankerd. Vgl. ook Geschillencommissie Kifid 30 augustus 2017, nr. 2017-578.

29. De Hoge Raad heeft in dat kader eerder overwogen dat de omstandigheid dat bewijs onrechtmatig is verkregen niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat het gebruik van het bewijs ook onrechtmatig is en dat er door de rechter geen acht mag worden geslagen op het bewijs. Vgl. HR 18 april 2014, NJ 2015/20, m.nt. MMM.

30. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, r.o. 3.8.5; HR 24 maart 1995, NJ 1995/350.

31. Vgl. Rb. Rotterdam 23 november 2016, JA 2016/70, m.nt. EJW; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316, r.o. 4.12.

32. Vgl. P.M. Leerink, 'Oneerlijke bedingen in de arbeidsongeschiktheidsverzekering', TAV 2016/163, p. 35.

5. SLOTSOM

Het wordt tijd om af te ronden. In zijn arrest van 28 september 2018 heeft de Hoge Raad enkele duidelijke piketpalen geslagen voor de schaderegeling van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De Hoge Raad heeft de bewijsbalans weer in evenwicht gebracht door te overwegen dat geen sprake is van een oneerlijk beding. Zelfs niet in de situatie dat verzekerde binnen een bepaalde periode moet reageren op het standpunt van verzekeraar. Ik zie deze duidelijkheid eerlijk gezegd toch als winst, omdat hiermee een einde is gemaakt aan een langsturende discussie. En daar is geen van de betrokkenen bij gebaat.

De Hoge Raad heeft in het arrest, in navolging op A-G Hartlief, vraagtekens geplaatst bij de eenzijdige wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid door verzekeraars. Hartlief geeft aan dat het aan de branche is om de handschoen op te pakken. Verzekeraars hebben zich op grote schaal de bezwaren aangetrokken van de lagere rechtspraak tegen het ontbreken van een contractuele herbeoordelingsregeling. Het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen dat het Verbond van Verzekeraars in 2016 heeft opgesteld voorziet daarin ook, door te bepalen:

‘Als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar, dan heeft hij de mogelijkheid om hernieuwd (medisch of arbeidsdeskundig) 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 alle soorten kosten worden vergoed’.

De meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kennen inmiddels een contractuele second-opinionregeling. Dat is verheugend. De herbeoordelingsregeling neemt echter de bezwaren tegen het ontbreken van inspraak bij de primaire beoordeling niet weg. Ook op dit punt kunnen echter inmiddels te prijzen initiatieven ontwaard worden. Zo is mij bekend dat een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar verzekerde uitnodigt voor een onderzoek bij een door haar voorgestelde deskundige, maar de verzekerde daarbij direct in de gelegenheid stelt om daar binnen een periode van enkele dagen bezwaar tegen te maken. Bij gebreke daarvan wordt de opdracht aan de deskundige die verzekeraar heeft voorgesteld toegezonden. Wat steviger varianten zijn denkbaar. Bijvoorbeeld door twee deskundigen voor te stellen aan verzekerde waaruit hij dan een keuze kan maken. Ik acht het raadzaam dat ook de vraagstelling met het voorstel van de deskundigen wordt meegezonden en bovendien duidelijk wordt gemaakt welke bijlagen worden meegezonden. Doorgaans zal sprake zijn van een vraagstelling in de trant van: ‘Wat is naar uw oordeel, afgaande op de anamnese en uw bevindingen uit onderzoek, de diagnose? Bestaan er bij betrokkene objectief medisch vast te stellen stoornissen in relatie tot ziekte of ongeval? Is verzekerde daardoor beperkt in zijn functioneren?’ Door verzekerde (ook) daarvan in kennis te stellen wordt hij meer betrokken bij het proces van vaststelling van zijn recht op uitkering. En dat is tenslotte toch waar het om gaat.