

Letsel en verzekering: uitleg en inhoudstoetsing van algemene

Prof. mr. W.H. van Boom *



* Hoogleraar civil recht bij het Instituut voor Privaatrecht aan de universiteit Leiden. Met dank aan Milou Bonewit voor onderzoeksassistentie, en aan Charlotte Pavillon en Tycho de Graaf voor commentaar op eerdere versies. Delen van deze bijdrage, die werd afgesloten op 21 februari 2020, heb ik ontleend aan W.H. van Boom, 'Toetsing van algemene voorwaarden bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800)', *Ars Aequi* 2020, p. 60 e.v.

1. Inleiding

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan een aantal aspecten van algemene verzekeringsvoorwaarden bij de afwikkeling van letsel- en gezondheidsschade. Normaal gesproken denken we bij letsel- en gezondheidsschade vaak aan enerzijds aansprakelijkheidsrecht en dus aan de aansprakelijkheidsverzekering, en anderzijds aan de zorgverzekering als verplichte schadeverzekering ter dekking van ziekenhuis- en zorgkosten, of de levensverzekering als overlijdensdekking voor nabestaanden bij wijze van sommenverzekering. Maar naast deze verzekeringen zijn er ook andere die relevantie kunnen hebben in geval van letsel- en gezondheidsschade. Het gaat dan vooral over de sommenverzekering en schadeverzekering die de particuliere verzekeringnemer ten behoeve van zichzelf of een andere verzekerde afsluit, zoals ongevallenzekerings, de schadeverzekering inzittenden (SVI), arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (AOV), of mengvormen met ongevalsdekking zoals bij reisverzekeringen voorkomt.

verzekeringsvoorwaarden

Deze verzekeringen zijn allemaal standaardproducten met standaardvoorwaarden waarover niet onderhandeld wordt met de verzekeringnemer. Ze worden niet of nauwelijks door specifieke dwingendrechtelijke regels beheerst zoals bij de zorgverzekering het geval is, en dus zijn het vooral de polispraktijken van verzekeraars die de inhoud bepalen. Deze verzekeringen worden in de regel afgenomen door consumenten. Dat alles maakt dat de algemene voorwaarden die verzekeraars bij dit soort producten hanteren, getoetst kunnen worden aan het algemene raamwerk in het Burgerlijk Wetboek voor algemene voorwaarden in overeenkomsten met consumenten. Dat raamwerk stelt onder meer eisen aan de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de gebruikte bedingen en het maakt vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen mogelijk. De laatste jaren is dit rechtsgebied in een stroomversnelling geraakt; zo verplicht het HvJ EU nationale rechters waar nodig tot ambtshalve toetsing aan dit raamwerk en is ook de toetsing van algemene voorwaarden op bijvoorbeeld 'duidelijkheid en begrijpelijkheid' langzaam intensiever geworden. Daarnaast kunnen verenigingsregels en protocollen van het Verbond van Verzekeraars een rol spelen bij de beoordeling van de gebruikte voorwaarden en het beroep erop.

Deze bijdrage gaat in op de relevantie van een aantal van deze ontwikkelingen voor de genoemde verzekeringsvormen. Allereerst bespreek ik in algemene zin het karakter van de verzekeringsovereenkomst en de toetsing ervan (§ 2), daarna besteed ik aandacht aan het leerstuk van de uitleg van verzekeringsvoorwaarden (§ 3). Vervolgens worden enkele aspecten van de toetsing van de inhoud van de voorwaarden besproken (§ 4). Daarbij behandel ik overigens niet de vraag hoe de rechter na vernietiging van een of meer bedingen, de resterende contractuele relatie moet afwickelen. Dat onderwerp is volop in beweging, mede omdat het HvJ EU een niet altijd duidelijke koers vaart op dit punt; ik laat het omwille van de omvang van deze bijdrage buiten beschouwing. Wel eindig ik met aandacht voor een aantal verbeterpunten in polisvoorwaarden (§ 5).

Een laatste punt van afbakening: zoals gezegd zal, gegeven de aard van het type verzekeringsovereenkomsten waar we het over hebben, de verzekeringnemer c.q. de verzekerde veelal een consument zijn, dat wil zeggen een natuurlijk

persoon die contracteert in een hoedanigheid die niet de uitoefening van beroep of bedrijf betreft.¹⁾ Ik ga er daarom voor het gemak vanuit dat het steeds om dat soort B2C-overeenkomsten gaat (bijv. voor de toepassing van art. 6:236, 237 en 238 BW en voor de toetsing aan de rechtspraak van het HvJ EU over Richtlijn 93/13).²⁾

2. Plaatsbepaling van het contract en de toetsing ervan

Deze bijdrage gaat met name over een aantal juridische aspecten van algemene verzekeringsvoorwaarden bij letsel en gezondheidsschade. De nadruk ligt op 'first party' verzekeringen die een uitkering doen bij dood, blijvend letsel en andere gezondheidsschade. We hebben het dan over producten zoals ongevallenverzekeringen, reisverzekeringen met een ongevallenmodule, ongevallen-inzittendenverzekeringen, schade-inzittendenverzekeringen (SVI) en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (AOV). In haar eenvoudigste vorm keert dit soort verzekeringen bedragen uit bij verzekerde voorvallen, waarbij de dekking wordt geactiveerd door een oorzaak (bijv. een ongeval) of een gevolg (bijv. ongeschiktheid om arbeid te verrichten). Bij die verzekeringsvormen wordt vaak een vast bedrag uitgekeerd, in de meer bewerkelijke varianten een bedrag dat gerelateerd is aan de daadwerkelijk geleden schade. Bij de SVI wordt in de regel expliciet naar Afd. 6.1.10 BW verwezen voor de vaststelling van de schade en haar omvang, maar dat is uitzondering. De hoofdregel is dat de schadevaststelling bij deze verzekeringen door de polis zelf wordt beheerst. De gedekte schade wordt dus begroot aan de hand van de regels die het verzekeringscontract zelf stelt, zo volgt uit *Hogenboom/Unigarant* (1993).³⁾

Die polisvoorwaarden bepalen dus ook of een lichamelijke toestand als letsel, ziekte of als gezondheidsschade wordt erkend. Zo hanteren AOV's een eigen definitie van wat wel en niet als arbeidsongeschiktheid wordt gezien, welke oorzaken gedekt zijn en ook of een drempel geldt. Zo is niet ongebruikelijk dat als het arbeidsongeschiktheidspercentage lager is dan een bepaald percentage (bijv. 25%), er geen recht (meer) op uitkering bestaat. Geregeld worden 'medisch niet objectiveerbare' beperkingen van dekking uitgesloten. Dat wil zoveel zeggen als: beperkingen die in de persoon van de verzekerde gelegen zijn,



Voor de polispraktijken van verzekeraars bepalen de inhoud van verzekeringen en van de voorwaarden.



1. Over het begrip 'consument' in het verzekeringsrecht in bredere zin zie bijv. N. Vloemans e.a., *Verzekering en consument* (Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), Amstelveen: DeLex 2007, p. 1 e.v. Zie over de vraag of sprake is van een consument bij gemengde hoedanigheden i.h.a. M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2017, p. 37-38.
2. Gegeven het inkomensvervangende doel van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, is de verzekerde ondernemer te beschouwen als een consument, zo volgt uit HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (AOV NN). Ik vermoed dat dat ook geldt als de verzekeringnemer een ondernemer is en de verzekerde de hoedanigheid van consument heeft, zoals het geval kan zijn als de werkgever ten behoeve van de werknemer een ongevallenverzekering of AOV afsluit. Hoewel het arrest niet ging over een situatie van twee verschillende personen, lijkt het mij voor de hand te liggen dat daar hetzelfde moet gelden.
3. Zie HR 8 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1045, NJ 1994/210 (*Hogenboom/Unigarant*).

belangrijkste haltes op de weg van de beoordeling van de verzekeringsovereenkomst. Verzekeringnemers zijn niet betrokken bij de totstandkoming van de formulering van de verzekeringsvoorwaarden. Het is om die reden dat de Hoge Raad bij de uitleg van polisvoorwaarden waarover niet is onderhandeld, niet zozeer de Haviltex-maatstaf toegepast wil zien, maar vooral de nadruk legt op de *objectieve* factoren zoals de bewoordingen, de context van het document als geheel en een eventuele toelichting bij de polisvoorwaarden. De subjectieve bedoelingen van de opsteller van de verzekeringsvoorwaarden, de verzekeraar dus, zijn minder belangrijk. In *Chubb/Dagenstaed* (2008) overweegt de Hoge Raad namelijk dat de uitleg van polisvoorwaarden waarover niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden,

“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.”¹⁴

Andere uitingen van de verzekeraar zoals reclamefolders of mondelinge toezeggingen waar de consument op is afgestaan bij zijn contractbevestiging, wegen ook mee via de ‘gewone’ mechanismen van art. 3:33 en 3:35 BW.¹⁵

Opmerkelijk is dat in de rechtspraak van de Hoge Raad bij de uitleg van verzekeringsvoorwaarden ook ruimte is voor het betrekken van ‘openbare bronnen’. Het gaat dan vaak om regels, toelichtingen en protocollen van het Verbond van Verzekeraars. Zo werd in *BBR regres* (2004) voor de vraag of een brandverzekeraar regres kon nemen op de brandstichter, mede geput uit de uitleg die brandverzekeraars gaven aan hun regresregels uit het zogeheten Bindend Besluit Regres 1984. Die uitleg was te vinden in een toelichting die was gepubliceerd in het juridisch wetenschappelijk tijdschrift WPNR, en mocht volgens de Hoge Raad worden gebruikt door de feitenrechter om de achterliggende bedoelingen van de brandverzekeraars te achterhalen.¹⁶ Nu geschiedde dat alles in het gegeven geval in het voordeel van de brandstichters, maar het arrest biedt geen aanleiding te veronderstellen dat het omgekeerde niet ook denkbaar zou zijn geweest. In de zaak *Shaken baby syndroom* (2018) werd bij de uitleg van de AVP 2000 opzetclausule in een aansprakelijkheidsverzekering uitgebreid geput uit de openbare toelichting op de clausule in een Verbondsuitgave.

In *AOV NN* (2018) ging de Hoge Raad nog een stap verder. Het ging om de uitleg van de polisvoorwaarden van een AOV en daarbij werd ook acht geslagen op een *Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen 2016* van het Verbond. De Hoge Raad geeft de volgende rechtvaardiging voor de uitbreiding tot uitleg met ‘openbare bronnen’:

“(…) Voor polisvoorwaarden geldt verder dat, ervan uitgaande dat daarover niet is onderhan-

deld, 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. (...)”¹⁷

De verbondsregels worden dus ‘ingeplugd’ in de verzekeringsvoorwaarden door te redeneren dat die regels mede bepalen wat de gerechtvaardigde verwachtingen van de afnemers van verzekeringsproducten zijn. Zo lijkt met het leerstuk van de uitleg iets soortgelijks te worden bereikt als in de rechtspraak van de Hoge Raad gebeurt met het leerstuk van de onrechtmatige daad, waarbij verbondsregels als minimumnorm worden beschouwd bij beantwoording van de vraag of een verzekeraar (die lid is van het Verbond) maatschappelijk onbetamelijk handelt.¹⁸

Is dit ‘inpluggen’ erg? Men zou kunnen stellen dat het niet erg is zolang het tot uitleg in het nadeel van de verzekeraar leidt. Het is niet gezegd dat de Hoge Raad van oordeel is dat de ‘ingeplugde uitleg’ alleen maar één kant kan opwerken, maar het is niet ondenkbaar. De Hoge Raad zou er dan verstandig aan doen om zijn leer te verduidelijken in die richting dat de uitleg met ‘openbare bronnen’ alleen in het voordeel van de wederpartij van de opsteller mag strekken. Dat zou betekenen dat de gerechtvaardigde verwachting van verzekeringnemers en verzekerden in het maatschappelijk verkeer is dat verzekeraars primair hun contracten nakomen, maar dat ze daarbij regels van ‘hogere orde’ zoals protocollen uit de zelfregulering van hun Verbond zo nodig voorrang geven boven de letterlijke tekst van hun voorwaarden als dit in het voordeel van de verzekerde uitwerkt. Maar ook in die interpretatie is er het nodige af te dingen op het ‘inpluggen’. Allereerst dit: een protocol waar een verzekeraar uit hoofde van zijn 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; misschien kan het onderdeel zijn van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), maar daar komt men strikt genomen niet aan toe als met de uitleg geen leemte is geconstateerd.

In de tweede plaats wordt veel waarde gehecht, zeker als het gaat om consumentenovereenkomsten, aan het economische model van de ‘geïntegreerde beslissing’. Dit houdt in dat rationele



HR: bij uitleg van verzekeringsvoorwaarden is ook ruimte voor het betrekken van ‘openbare bronnen’.



14. HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*), herhaald in HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, NJ 2018/463 (*Shaken baby syndroom*).

15. Vgl. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI-Gerling*).

16. HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9402, NJ 2005/498 (*BBR Regres*).

17. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (AOV NN), r.o. 3.7.5.

18. Zie bijv. 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 gelijkgesteld 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.



Consumenten lezen de polisvoorwaarden over het algemeen niet.



aankoopbeslissingen alleen goed kunnen worden genomen als de beslisser beschikt over voldoende informatie. Daarbij kan worden opgemerkt dat van de gemiddelde consument die een economische beslissing wil nemen en daarbij zijn best doet om polisproducten te vergelijken, niet kan worden verwacht dat hij de polisvoorwaarden op voorhand begrijpt in het licht van de verbondsregels (waar de verzekeraar aan gebonden is maar de verzekerde niet!). Ook kan niet worden verwacht dat hij weet welke regels in geval van strijdigheid dan voorrang behoren te krijgen. In de derde plaats geeft de benadering van de Hoge Raad geen enkele prikkel aan verzekeraars om hun verzekeringsvoorwaarden in overeenstemming te brengen met de verbondsregels.¹⁹⁾

Ten slotte nog dit. Het is natuurlijk in theorie denkbaar dat een verzekeraar de toelichtingen, folders en verbondsregels incorporeert in de verzekeringsovereenkomst door woordelijke opname ervan in de verzekeringsvoorwaarden die hij voor contractsluiting ter hand stelt aan de verzekeringnemer (vgl. art. 6:233 aanhef en onder b BW). Maar als die incorporatie niet heeft plaatsgevonden, dan is het toch wel een opmerkelijke stap om dit soort 'openbare' regels en toelichtingen mee te wegen bij de uitleg van die verzekeringsvoorwaarden. Die 'openbaarheid' is bij consumentenverzekeringen namelijk pure theorie. Zij lezen polisvoorwaarden over het algemeen al niet eens, laat staan het WPNR²⁰⁾ of de website van het Verbond van Verzekeraars voordat ze beslissen om een verzekering aan te kopen of niet.²¹⁾ Voor polisvoorwaarden is die realiteit van 'tekenen zonder te lezen' *de jure* niet problematisch zolang de voorwaarden maar ter hand worden gesteld vóór of bij het sluiten van de overeenkomst (art. 6:234 lid 1 BW); voor 'openbare bronnen' die niet aldus ter hand zijn gesteld, is het wel problematisch. 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 in geval van oplettende en opmerkelijke beoordeling en lezing in het licht van de documentcontext.²²⁾

Maatschappelijke verwachtingen

Bij de uitleg van een verzekeringspolis mag acht worden geslagen op de functie die deze polismvorm in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekeren. Die kan, zo oordeelt de Hoge Raad in *Onderlinge/NN* (2012), een ruime dekkingssomvang rechtvaardigen, ook als kort gezegd de dekking qua bewoordingen niet helemaal goed aansluit bij die maatschappelijke verwachtingen.²³⁾ Het ging in die zaak om een werknemer van een verzekeringsmaatschappij die in zijn auto terugrijdt van een klant als hem een ongeval overkomt. De werkgever, die op grond van de jurisprudentie op art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) zorg moet dragen voor een redelijke first party verzekeringsdekking die bij verkeersongevallen

als deze tot een redelijke uitkering komt, heeft deze verzekering niet afgesloten. De werknemer stelt daarop de werkgever aansprakelijk, niet als aansprakelijke voor het letsel door het ongeval maar als aansprakelijke die nagelaten heeft een redelijke verzekeringsdekking te realiseren voor de benadeelde en daardoor zuivere vermogensschade bij de werknemer heeft veroorzaakt. De werkgever wil deze schade verhalen op zijn algemene AVB-polis. De aansprakelijkheidsverzekeraar NN weigert echter, met een beroep op de bewoordingen van de polis. Die spreekt namelijk in aansprakelijkheidstermen van dekking van 'de aansprakelijkheid van een verzekerde als werkgever tegenover zijn ondergeschikten voor schade verband houdende met het verrichten van activiteiten voor verzekerden', waarbij schade is gedefinieerd als 'letsel of benadeling van de gezondheid van personen, al of niet de dood tot gevolg hebbend, met inbegrip van de schade die daaruit voortvloeit'. Strikt genomen is daarvan hier geen sprake, zou men met NN kunnen betogen. Het gaat hier namelijk niet om aansprakelijkheid voor letsel, maar om aansprakelijkheid voor het niet afsluiten van een verzekering die een redelijke dekking geeft ingeval van letsel. Toch oordeelt de Hoge Raad dat de polis aldus moet worden uitgelegd dat deze wél dekking geeft:

"4.4 Een redelijke uitleg van een AVB-polis die mede de aansprakelijkheid van een verzekerde als werkgever tegenover zijn ondergeschikten dekt voor letsel schade van werknemers die in dienst van de verzekerde deelnemen aan het wegverkeer, brengt in beginsel mee dat deze tevens dekking verleent tegen een op art. 7:611 gebaseerde aansprakelijkheid van de verzekerde als werkgever op de grond dat hij heeft verzuimd tegen dat risico een behoorlijke verzekering te sluiten voor die werknemers. De functie die een AVB-polis in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekerden, rechtvaardigt immers een ruime dekkingssomvang, ook als de gedekte schade elders in de polisvoorwaarden is omschreven als "schade aan personen en schade aan zaken". Dit is mede het geval omdat een zodanige verzekering ertoe strekt de werkgever dekking te verlenen voor de gevolgen van zijn aansprakelijkheid ter zake van de schade die zijn werknemers lijden als gevolg van ongevallen. Weliswaar gaat het in geval van een aansprakelijkheid op de voet van art. 7:611 om vermogensschade die strikt genomen geen letsel schade is, maar de rechtsgrond voor deze aansprakelijkheid, de bescherming van de werknemer tegen de gevaren van het wegverkeer [waaraan hij] in de uitoefening van zijn dienstbetrekking deelneemt, is dezelfde welke ten grondslag ligt aan de – onder omstandigheden – op art. 7:658 te baseren aansprakelijkheid van de werkgever tegenover zijn werknemer voor dezelfde gevaren. Voorts betreft de aansprakelijkheid van de werkgever ongevalsschade die de werknemer vergoed zou hebben gekregen indien de werkgever wel zou hebben voldaan aan zijn hier bedoelde verzekeringsplicht. Bovendien wordt de schade die de verzekerde/werkgever

19. In W.H. van Boom, 'Toetsing van algemene voorwaarden bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800)', *Ars Aequi* 2020, p. 64 wijs ik op nog een bezwaar dat specifiek in die zaak speelde: het protocol dateerde van ver na contractsluiting.

20. Ik realiseer mij dat de zaak *BBR Regres* niet een aankoopbeslissing betrof van een consument, maar de vraag hoe de publieke eenzijdige rechtshandeling van brandverzekeraars om onder omstandigheden afstand te doen van hun wettelijke regresrecht, moest worden uitgelegd.

21. Bovendien heb ik de toelichting op de AVP 2000 niet kunnen vinden op de historische versie van de website van het Verbond. Op de *waybackmachine* (web.archive.org) zocht ik in de archiefversie van www.verzekeraars.nl naar deze toelichting. In de versie van de website van 28 december 2007 (de vader mishandelde zijn baby in januari 2008) vond ik deze niet.

22. 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.

23. Vgl. J.H. Wansink e.a., *Bijzondere overeenkomsten - Verzekering (Deel 7-IX van Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2019, p. 279 (nr. 340), die zich uitspreken tegen de 'leer van de redelijke verwachtingen'. Die leer komt overigens niet uit de lucht vallen; ze vertoont verwantschap met het concept van 'gerechtvaardigde verwachting' dat ook ten grondslag ligt aan de eerlijkheidstoets van Richtlijn 93/13. Zie C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht - De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 25.

lijdt doordat hij op de voet van art. 7:611 in voormelde zin aansprakelijk is tegenover zijn werknemer, indirect veroorzaakt door het letsel van de werknemer."²⁴⁾

Wat er zij van de gebruikte argumenten, de kern is dat bij de uitleg van de letterlijke tekst van polisvoorwaarden óók acht geslagen moet worden op de functie die de polis in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekerden. Dat lijkt me geen vrijbrief om van alles te lezen in de dekking dat er niet in staat genoemd, maar kan wel een rechtvaardiging zijn om ingeval van onduidelijkheden en dubbelzinnigheden de uitleg te kiezen die 'Jan met de pet' er ook aan zou hebben gegeven.²⁵⁾

Grammaticale en economische transparantie

In art. 6:238 lid 2 BW is bepaald dat de bedingen die worden gebruikt in de algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, 'duidelijk en begrijpelijk' moeten zijn opgesteld.²⁶⁾ Dit noemt men wel het transparantievereiste.²⁷⁾ In hetzelfde lid 2 staat vervolgens dat bij twijfel over de betekenis van een beding, de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert. Die regel noemt men de *contra proferentem*-regel, de uitleg in het nadeel van de opsteller.²⁸⁾ De *contra proferentem*-regel kan deels worden gezien als een sanctie op het transparantievereiste: is een beding niet duidelijk, niet begrijpelijk en bestaat er twijfel over de betekenis (bijvoorbeeld omdat het beding in alle redelijkheid op twee manieren kan worden uitgelegd), dan dient de uitleg die het gunstigste is voor de consument voorrang te krijgen.²⁹⁾ De *contra proferentem*-regel levert overigens 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 het regelend recht dat zonder beding zou hebben gegolden.³⁰⁾ In de literatuur wordt om deze reden wel gesteld dat het gebruik van een beding dat niet duidelijk en begrijpelijk is, *meegewogen* mag worden bij de inhoudstoetsing: een onduidelijk of onbegrijpelijk beding weegt dan bij de weging van alle omstandigheden die bij de open norm worden getoetst, in het nadeel van de gebruiker.³¹⁾ Dat is 'im Großen und Ganzen' een weinig indrukwekkende want weinig voorspelbare sanctie. Het HvJ EU gaat inderdaad niet verder dan de vaststelling dat gebrek aan transparantie van een beding kan leiden tot het oordeel dat het beding oneerlijk is.³²⁾ De Duitsers lijken het ferner aan te pakken: op 'Intransparenz' staat als sanctie de 'Unwirksamkeit' (§ 307 (1) BGB), in onze termen de vernietigbaarheid.³³⁾ Dat zou een duidelijke sanctie zijn: een beding dat niet duidelijk en/of begrijpelijk is, kan worden vernietigd.³⁴⁾ Ik zou menen dat het beste zou zijn om de (verschenen) consument de keuze te laten: vernietiging of uitleg in zijn voordeel.

Het transparantievereiste ziet niet alleen op taalgebruik en zinsbouw, maar ook op de conse-

quenties van het betreffende beding. In *Euribor* (2019) zegt de Hoge Raad het zo:

*"Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13 brengt mee dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat. Het gebiedt onder meer dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, kan inschatten."*³⁵⁾

Algemene voorwaarden moeten 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. 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. Dit stelt bijvoorbeeld eisen aan de 'en bloc'-clausule die men in verzekeringen wel tegenkomt: het tussentijds wijzigen van de voorwaarden en dan met name de dekkingsomvang of premie bij alle lopende verzekeringen. Een beroep op een dergelijke clausule is volgens de wet toegestaan met ten minste één maand respijt; de verzekeringnemer kan na de aangekondigde wijziging desgewenst opzeggen en is tot die tijd tegen de oude voorwaarden gedekt.³⁶⁾ Bovendien moet de polis zelf de mogelijke gronden voor die eventuele drastische ingreep benoemen; zwijgt de polis op dat punt, dan geeft de clausule een blanco bevoegdheid aan de verzekeraar die de consument niet in staat stelt om vooraf inschattingen te maken en zijn contracteerbeslissing te funderen op relevante informatie. Een blanco 'en bloc' clausule is daarmee niet 'duidelijk en begrijpelijk'.³⁷⁾

Ik voorspel dat het gebruik van dit 'economische transparantievereiste' verder zal worden geïntensiveerd in het verzekeringsrecht. De dagen van ongeclausuleerde bevoegdheden van verzekeraars om contractsverplichtingen te variëren, om blanco bevoegdheden te bedingen en deze vervolgens naar bevind van zaken in te vullen en toe te passen, zijn geteld, net als de dagen van kostenbedingen zonder specificatie van rechtvaardiging of berekeningsmechanisme.³⁸⁾ Al dit soort bedingen zullen, zo voorspel ik, in toemende mate te licht bevonden worden wanneer ze worden afgezet tegen het transparantievereiste. Taalkundig begrijpelijk, maar inhoudelijk nietszeggend is bijvoorbeeld:

"Wanneer mogen wij de premie of de voorwaarden aanpassen?"

24. HR 30 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1295, NJ 2012/687 (Onderlinge/NN).
25. Het is natuurlijk wel opmerkelijk dat de ene verzekeringsmaatschappij zich als 'Jan met de pet' opstelt tegenover de andere verzekeringsmaatschappij; dat neigt wat betreft de duidelijkheid en begrijpelijkheid van verzekeringsvoorwaarden al snel naar een 'pot verwijdt de ketel' situatie.
26. Art. 6:238 lid 2 BW is geïntroduceerd bij Wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 468 (i.w.tr. 17 november 1999) (Kamerstukken 26 470) na de inbreukprocedure die eindigde met HvJ EG 10 mei 2001, C144/99, ECLI:EU:C:2001:257. Daarover bijv. C.M.D.S. Pavillon, 'De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 32 e.v.; W.H. van Boom en R.J.P. Kottenhagen, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht', in: F. de Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: BJU 2006, p. 142 e.v.; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht - De oneerlijke norm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 70 e.v.
27. 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., *Bijzondere overeenkomsten - Verzekering (Deel 7-IX van Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2019, p. 87-88 (nr. 111); p. 275-276 (nr. 338).
28. 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 weeg. Bijv. HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6068, NJ 1990/583; HR 23 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1069, NJ 1993/760.
29. 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.
30. In dat laatste geval kan de *contra proferentem*-regel juist nadelig zijn voor de consument: een beding dat men uitlegt in het nadeel van de consument zal eerder struikelen over de inhoudstoetsing. Daarover M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJU 2018, p. 232-233.
31. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJU 2018, p. 226.
32. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*), nr. 68. Vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-renteopslag*), r.o. 3.4.
33. Zie bijv. C. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 185-186.
34. In die richting neigen bijv. J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2016, p. 49-50; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJU 2018, p. 241 e.v. Voorzichtig: 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.

35. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-renteopslag*), r.o. 3.4. De Hoge Raad baseert zich op en verwijst (t.a.p., nt. 11) naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriuc/Banca Românească*), nr. 44-48; HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*), nr. 43 e.v. Zie bijv. ook HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*). Over deze 'Euro-uitleg' bijv. M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 28 e.v.
36. Dit volgt uit het samenstel van art. 6:237 aanhef en onder c BW (vermoeden van onredelijk bezwarendheid als de dekking zonder respijt wordt gewijzigd), art. 7:940 lid 4 jo lid 3, art. 7:943 lid 2 en 3 BW en de indicatieve ('blauwe') lijst onder 1 (h) en (j) bij Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13. Zie ook *Bindende zelfregulering - Regeling spelregels bij en-blocwijziggingen AOV* (Verbond van Verzekeraars januari 2017).
37. Vgl. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*). Overigens is het belang van het tussentijds kunnen inroepen van de en-bloc-clausules niet bijzonder groot bij first party consumentenovereenkomsten omdat deze meestal looptijden van slechts één jaar hebben en dus per jaar kunnen worden gewijzigd.
38. De geest is bijvoorbeeld uit de files waar het de toetsing van ontbrekende of nietszeggende kostenclausules in beleggingsverzekeringen betreft.
39. Vgl. noot 35; zie over de toetsing van ongeclausuleerde kostenbedingen bij beleggingsverzekeringen bijv. het rechtspraakoverzicht bij E.E. Ribbers, 'De beleggingsverzekering', in: M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1043 e.v.
40. H.-P. Schintowski, *...denn sie wissen nicht, was sie tun! Warum Politik und Gesetzgebung so oft irren - Ein Plädoyer für die Neue Analytische Regelungswissenschaft (NAWI)*, Baden-Baden: Nomos 2014, p. 202 e.v. stelt de prangende vraag: hoe kunnen we van transparante verzekeringscontracten spreken als 80 procent van alle beleggingsverzekeringen in Duitsland voortijdig worden beëindigd, terwijl de consument bij tussentijdse afkoop ongeveer 50 procent van de ingelegde bedragen kwijtraakt? Volgens rechtspraak van het BGH (te beginnen met BGH 9 mei 2001, IV ZR 138/99; zie M. Tamm e.a. (red.), *Verbraucherrecht*, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 475 (nr. 11-210)), sneuvelen onduidelijke afkoopregels in beleggingsverzekeringen.
41. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KiFiD 14 mei 2019, nr. 2019-337, te raadplegen op www.kifid.nl.
42. <https://twitter.com/WillemvanBoom/status/1227209270128775168>. Koffietafel scoorde het beste, maar ik geef toe dat ik de context, namelijk het bedrag, omwille der eenvoud heb weggelaten. Zie nader Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KiFiD 14 mei 2019, nr. 2019-337, te raadplegen op www.kifid.nl.
43. Zie bijv. Rb. Amsterdam 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5258 (*IVB-landendeckking*), r.o. 5.5.
44. Rb. Gelderland 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736.

(...)

Als wij dit doen voor een groep klanten of een groep verzekeringen.

- Wij mogen aanpassen op ieder moment van het jaar.

- Voor de hele groep op dezelfde manier.

- Voor de hele groep op hetzelfde moment.

- Alleen in bijzondere gevallen."

De vraag is of verwijzing naar 'bijzondere gevallen' zonder voorbeelden of uitwerking de toets der kritiek kan doorstaan. Het is natuurlijk te prijzen dat de verzekeraar het glashelder wil opschrijven, maar of het voldoende 'duidelijk en begrijpelijk' is, valt te bezien.³⁹⁾ De ontwikkeling van het transparantievereiste is nog niet voltooid, zo schat ik in. Ook verwacht ik dat dit vereiste in toenemende mate nodig zal maken dat juristen zich verdiepen in de empirie van de 'gemiddelde consument' door te onderzoeken in een concrete productcontext wat consumenten gemiddeld begrijpen, veronderstellen, kunnen beredeneren en waarop zij kunnen anticiperen als zij een contracteerbeslissing nemen. Wij matigen ons als jurist misschien al snel een oordeel aan over de vraag of woorden wel of niet duidelijk zijn, maar taligheid op juristenniveau is niet iedereen gegeven.⁴⁰⁾ Neem de volgende dekkingsomschrijving van een (oude) begrafenisverzekering:

"De verzekerden hebben recht op een Uitvaartdienst met een lijkauto – twee 1ste klas volgauto's – (...) – condoleance-register – grafrechten + koffietafel tot een maximaal bedrag van veertig gulden."

Er ontstond een conflict over de vraag waar de beperking van het bedrag tot veertig gulden op zag. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening KiFiD is er snel klaar mee:

*"Bij lezing van de polis komt de Commissie tot het oordeel dat de dekking ten aanzien van de crematiekosten duidelijk is en maar op een manier kan worden gelezen. Zoals Verzekeraar terecht aanvoert, worden de verzekerde diensten opgesomd door gebruik van het "–" teken. De grafrechten en de koffietafel zijn opgesomd als één geheel of dienst. Dit wordt temeer duidelijk omdat gebruik is gemaakt van het "+" teken. Voor de koffietafel en de grafrechten tezamen geldt een maximale vergoeding van f 40,-."*⁴¹⁾

Anekdotisch tegenbewijs: ik heb een aantal mensen om mij heen de tekst voorgehouden met de vraag waar het bedrag op terugsliep. De meningen waren nogal verdeeld.⁴²⁾

4. Toetsing van inhoud en uitoefening

Kernbeding

De inhoudstoetsing van algemene voorwaarden mag alleen plaatsvinden ten aanzien van bedingen die *niet* kernbeding zijn. Het begrip 'kernbe-

ding' 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 93/13). Kernbedingen die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zijn niet vatbaar voor inhoudstoetsing. Let dus op: een kernbeding dat niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, kan wél worden onderworpen aan inhoudstoetsing van art. 6:233 aanhef en onder a BW (waarover later meer).⁴³⁾ Neem bijvoorbeeld een AOV-polis met de volgende dekkingsomschrijving:

"Van arbeidsongeschiktheid is tevens sprake indien verzekerde ongeschikt is tot het verrichten van werkzaamheden, conform de gekozen uitkeeringsdrempel indien de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een psychiatrische ziekte met een GAF-score van 1 tot 50 zoals gespecificeerd binnen de laatste bekende DSM-classificatie. Deze psychiatrische ziekte dient definitief gediagnosticeerd te zijn binnen de laatst bekende DSM-classificatie door een door de verzekeraar aan te wijzen onafhankelijke psycholoog of psychiater. De oorzaak van de psychiatrische ziekte dient in de periode na de ingangsdatum van deze verzekering te liggen."

Dat is voor de gemiddelde consument niet duidelijk en begrijpelijk, aldus de Rb. Gelderland:

*"Hoewel de eis van een GAF-score van 1 tot 50 taalkundig duidelijk is, is de rechtbank van oordeel dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet weet en evenmin behoort te weten wat "een GAF-score van 1 tot 50 zoals gespecificeerd binnen de DSM-classificatie" inhoudt, althans dat deze het effect daarvan op de omvang van de dekking niet kan overzien en dus de economische gevolgen van de beperking niet kan inschatten. Immers, ook in gevallen waarin een consument als gevolg van een psychiatrische ziekte niet in staat is zijn werkzaamheden te verrichten, kan als gevolg van dit vereiste, waarin ook het functioneren op sociaal vlak een grote rol speelt, toch geen recht bestaan op een uitkering. Hierop hoeft een consument die zich verzekert voor beroepsarbeitsongeschikt niet bedacht te zijn."*⁴⁴⁾

Of sprake is van een kernbeding bij een verzekeringsovereenkomst, moet de nationale feitenrechter beoordelen, aldus het HvJ EU in *Van Hove/CNP Assurances* (2015). Het ging in die zaak om een betalingsbeschermingsverzekering die Van Hove had afgesloten; de polis bepaalde dat gedekt was de inkomstenderving bij de volledige onmogelijkheid om een 'al dan niet bezoldigde activiteit' te verrichten; nu Van Hove nog zeker enige arbeid – al dan niet betaald! – kon verrichten, stelde de verzekeraar zich op het standpunt dat er geen dekking bestond. De verwijzende rechter vraagt zich af of deze dek-

kingsclausule toetsbaar is op eerlijkheid (art. 3 Richtlijn) omdat een verzekerde die door arbeidsongeschiktheid zijn inkomen geheel verliest, toch geen dekking heeft zolang hij onbetaalde arbeid kan verrichten. Het HvJ EU kon niet uitsluiten dat dit een beding was dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst vormt en liet de verwijzende rechter de knoop doorhakken. Het hof gaf de volgende algemene aanwijzingen:

“33 Bedingen van de overeenkomst die onder het begrip „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 vallen, zijn die bedingen welke de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig de overeenkomst kenmerken (zie in die zin arresten *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, EU:C:2010:309, punt 34, en *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 49). Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen echter niet onder het begrip „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van die bepaling vallen (arresten *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 50, en *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 54).

34 Aangaande de vraag of een beding onder het eigenlijke voorwerp van een verzekeringsovereenkomst valt, moet ten eerste erop worden gewezen dat het voor handelingen ter zake van verzekeringen volgens de rechtspraak van het Hof kenmerkend is dat de verzekeraar zich tegen voorafgaande betaling van een premie ertoe verbindt, de verzekerde bij het intreden van het verzekerde risico de dienst te verlenen die bij het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen (arresten *CPP*, C-349/96, EU:C:1999:93, punt 17; *Skandia*, C-240/99, EU:C:2001:140, punt 37, en *Commissie/Griekenland*, C-13/06, EU:C:2006:765, punt 10).

35 Ten tweede heet het in de negentiende overweging van richtlijn 93/13 met betrekking tot een beding in een tussen een verzekeraar en een consument gesloten verzekeringsovereenkomst dat bij dergelijke overeenkomsten niet wordt getoetst of bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, al dan niet eerlijk zijn, wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.

36 In het onderhavige geval verduidelijkt de verwijzende rechter dat het betrokken contractuele beding een definitie van het begrip „volledige arbeidsongeschiktheid” geeft en de voorwaarden vastlegt waaronder een kredietnemer aanspraak heeft op betaling van de bedragen die hij in het kader van zijn lening verschuldigd is. In die omstandigheden valt niet uit te sluiten dat een dergelijk beding het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar afbakt en de kernprestatie van de betrokken verzekeringsovereenkomst bepaalt. Het staat echter aan de verwijzende rechter na te gaan of dat het geval is.

37 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat bij het onderzoek of een contractueel beding

onder het begrip „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 valt, rekening moet worden gehouden met de aard, de algehele opzet en alle voorwaarden van de overeenkomst en met de juridische en feitelijke context ervan (zie in die zin arrest *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punten 50 en 51).

38 Het staat dus aan de verwijzende rechter te beoordelen in hoeverre het beding dat in het bij hem aanhangige geding aan de orde is, gelet op deze factoren, een kernprestatie vastlegt van het contractuele kader waarvan het deel uitmaakt, die als zodanig kenmerkend is voor dat kader.”⁴⁵⁾

Het begrip kernbeding wordt in het algemeen restrictief toegepast in ons land.⁴⁶⁾ Dat is bestendige rechtspraak van de Hoge Raad sinds *Assoud* (1997).⁴⁷⁾ Als vuistregel geldt dat kernbedingen de essentialia zijn zonder welke de overeenkomst als te onbepaald niet tot stand zou zijn gekomen. Zo overweegt de Hoge Raad in de zaak *AOV NN* (2018):

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

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

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

De Hoge Raad overwoog een en ander in het kader van de vraag of polisvoorwaarden die het schadevaststellingsproces bij een AOV bepalen, kernbedingen zijn. Bedingen die het proces van de schadevaststelling betreffen, zijn geen kernbeding:

“3.5.5 In het licht van het voorgaande kan het



Kernbedingen zijn de essentialia zonder welke de overeenkomst als te onbepaald niet kan bestaan.



45. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Ten Hove/CNP Assurances*).

46. Daarover bijv. W.H. van Boom en R.J.P. Kottenhagen, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht', in: F. de Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: BJU 2006, p. 144 e.v. Over het begrip in de context van verzekeringsovereenkomsten bijv. R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 177 e.v.; M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 67 e.v.

47. HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998/6 (*Assoud/De Nationale Sport-totalisator*); HR 21 februari 2003,



Positieve en negatieve primaire dekkingsom- schrijvingen en -uit- sluitingen kunnen kernbeding zijn.



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

Erg verrassend is dat oordeel niet. Dat de verzekeraar de keuringsarts aanwijst, is geen kernbeding, ook al zou de premie hoger zijn als het beding er niet was en de verzekeraar de keuze aan de verzekerde zou moeten laten. Bij zo ongeveer alle polisvoorwaarden kan wel een verband met de premie worden gevonden (althans gesteld), en het eind is dus zoek als we op die manier de hele set voorwaarden tot kernbeding bestempelen, aldus kort gezegd de Hoge Raad. Dat lijkt me terecht.⁴⁸⁾ Het lijkt er echter ook op dat de Hoge Raad overweegt dat in de context van een verzekeringsovereenkomst van kernbedingen kan worden gesproken zodra sprake is van 'een beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijft of afbakt'.⁴⁹⁾ Dit betekent dat in elk geval positief geformuleerde primaire dekkingsomschrijvingen ('gedekt is letsel door ongeval') kernbedingen zijn, maar het betekent misschien ook wel dat negatief geformuleerde uitsluitingen ('met uitzondering van letsel opgedaan bij parachutesprong') dat ook kunnen zijn. Dit lijkt in lijn te zijn met het arrest *Valschermzweeftoestel* (2006), waar de Hoge Raad alle ruimte geeft aan de verzekeraar om met de dekkingsomschrijving te bepalen wat hij bereid is te dekken en wat niet. Het ging daar kort gezegd om een beroep op een clause die luidde: "Niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zogenaamde liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem." De verzekerde meende dat het beroep van de verzekeraar op deze omschrijving van de dekking in concreto naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was omdat de achterliggende ratio van de beperking in de omschrijving geen rol speelde bij het ongeval. De Hoge Raad kiest echter de zijde van de verzekeraar:

"(...) dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsomschrijving niet met succes kan worden afgeweerd met de stelling dat een beroep van de verzekeraar daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. Met de dekkingsomschrijving heeft de verzekeraar immers de

*grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond. (...)"*⁵⁰⁾

In *Chubb/Daegenstad* (2008) voegt de Hoge Raad daaraan toe:

*"(...) dat het een verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen (...). Dat brengt ook de vrijheid mee om daarbij – op een wijze die voor de verzekeringnemer op grond van voormelde objectieve factoren voldoende duidelijk kenbaar is – binnen een samenhangend feitencomplex slechts aan bepaalde feiten of omstandigheden (rechts)gevolgen te verbinden en aan andere niet, dan wel onderscheid te maken tussen gevallen die feitelijk zeer dicht bij elkaar liggen."*⁵¹⁾

Let wel: geen van deze beide arresten ging over het vraagstuk van het kernbeding, maar de parallel dringt zich op. Het ligt in het verlengde van deze uitspraak wellicht voor de hand om te concluderen dat zowel positieve als negatieve primaire dekkingsomschrijvingen en -uitsluitingen onder het begrip kernbeding te vatten zijn. Of dit een helemaal sluitend concept van 'kernbeding' oplevert, is intussen twijfelachtig. In de rechtspraak wordt namelijk wel mogelijk geacht dat het beroep op vervalclausules in verzekeringsvoorwaarden op redelijkheid wordt getoetst. Waar het gaat om clausules die bestaande aanspraken laten vervallen vanwege doen of nalaten van de verzekerde ná het verzekerd evenement (bijv. te laat melden), is dat logisch.⁵²⁾ Dat zijn geen kernbedingen, al was het maar omdat ze als toetsbare bedingen worden genoemd in art. 6:237 onder h BW.⁵³⁾ Maar waar het gaat om clausules die garanderen dat de verzekerde zich te allen tijde op een bepaalde manier gedraagt ('verzekerde verplicht zich te allen tijde een zwemvest te dragen bij het gebruik van een jetski'), is toetsing niet onmogelijk, hoewel die clausules naar aard en strekking eigenlijk een dekkingsuitsluiting opleveren die volgens *Valschermzweeftoestel* (2006) niet zomaar op inhoud getoetst kunnen worden. Dat het beroep erop niettemin op redelijkheid kan worden getoetst, volgt onder meer uit *Prullenbak* (2000). In die zaak brak brand uit in een kantoorgebouw buiten werktijden. De verzekerde had gegarandeerd dat in het verzekerde horecapand alleen metalen vlamdovende afvalbakken aanwezig zouden zijn, op straffe van verval van dekking. In werkelijkheid waren er plastic bakken aanwezig. Er brak brand uit in de meterkast; de verzekeraar weigerde uitkering met een beroep op de garantieclausule en de verzekerde stelde dat de bakken niets met de brand van doen hadden. De Hoge Raad acht toetsing van het beroep op de clause mogelijk:

"(...) dat, aangenomen dat de clause geldig is overeengekomen, de verzekeraar daarop een beroep kan doen en het recht op uitkering derhalve vervalt, indien de in de clause omschreven verplichtingen niet zijn nagekomen. Dit neemt evenwel niet weg dat zich gevallen kun-

ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567 (*Parkwoningen*).

48. In de verzekeringsrechtelijke literatuur werd nog wel als vuistregel genoemd: alles wat de schadelast bepaalt en daarmee de premiestelling, is een kernbeding. Die benadering is dus naar geldend recht onjuist. Zie de discussie bij Jongeneel, in: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 111.

49. R.o. 3.5.5.

50. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (*Valschermzweeftoestel*). Een bijzonder geval waarin de dekkingsomvang van de zorgverzekeringsdekking (bepaald door de materiële wetgever, niet door partijwil) moest wijken voor de redelijkheid en billijkheid op grond van uitzonderlijke omstandigheden die niet waren gewogen bij de bepaling van de dekking, vinden we in HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (*Bosentan*).

51. HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Daegenstad*).

52. Vgl. Jongeneel, t.a.p.

53. Bovendien zijn ze onderworpen aan de toetsing neergelegd in art. 7:941 BW. Die toetsing werd voor inwerkingtreding van het nieuwe verzekeringsrecht in de rechtspraak ook al aangenomen: HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008/57 en HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:522, NJ 2014/333.

nen voordoen waarin een beroep op de clausule in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin onvoldoende verband bestaat tussen het niet-naleven van de in de clausule omschreven verplichtingen en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt (vgl. HR 19 mei 1995, nr. 15696, NJ 1995, 498). Hiervan zal in een situatie als de onderhavige sprake kunnen zijn, indien de verzekerde stelt en zo nodig bewijst dat het niet-toepassen van de voorgescreven voorzieningen niet de oorzaak of de mede-oorzaak kan zijn geweest van de brand en evenmin ervan dat de brand zich heeft kunnen uitbreiden.”⁵⁴⁾

Het gaat hier uiteraard om toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW en niet om de vraag of sprake is van een kernbeding, maar deze rechtspraak toont wel wat schurende panelen: als we aannemen dat de positieve en negatieve dekkingsomschrijving (‘een beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijft of afbaken’) kernbedingen zijn en dus niet blootstaan aan inhoudstoetsing, dan is niet eenvoudig te rijmen dat garantieclausules die de dekkingsomschrijving afbakenen, wel toetsbaar zijn aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.⁵⁵⁾

Toetsingsmaatstaven

De redelijkheid van de inhoud van de polisvoorwaarden en het beroep daarop in de gegeven omstandigheden wordt getoetst met de ‘inhoudstoetsing’, dat is de vraag of algemene voorwaarden ‘onredelijk bezwarend’ zijn zoals bedoeld in art. 6:233 aanhef en onder a BW.

Daaraan gaat nog vooraf: een beding in verzekeringsvoorwaarden dat in strijd is met dwingende beschermingsregels uit Titel 7.17 BW, is per definitie vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW of ook via art. 6:233 aanhef en onder a BW). Dus als art. 7:934 BW vereist dat de verzekeraar bij te late premiebetaling eerst aanmaant voordat dekking wordt geschorst, is een beding in een ongevallenverzekering dat schorsing zonder aanmaning toestaat, vernietigbaar.⁵⁶⁾ De grijze en zwarte lijst (art. 6:236 en 237 BW) geven concreet richting voor specifieke bedingen die worden geacht of vermoed onereus te zijn. In het voorgaande is al een aantal richtinggevende uitgangspunten geformuleerd die hun schaduw vooruitwerpen naar de inhoudstoetsing: het staat verzekeraar vrij om zelf de primaire dekkingomvang te kiezen, maar bij de uitleg van de voorwaarden moet wel worden gelet op de duidelijkheid en begrijpelijkheid ervan, moet rekening worden gehouden met de functie van de verzekering en de maatschappelijke verwachtingen die daarover bestaan, alsmede met ‘openbare bronnen’ die niet in de voorwaarden geïncorporeerd zijn.

De toetsing van het onredelijk bezwarende

karakter van algemene voorwaarden vergt, zo bepaalt art. 6:233 aanhef en onder a BW, een weging van de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Dat is niet helemaal hetzelfde als de Richtlijn bepaalt, want daarin is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1 Richtlijn). Op de rechtspraak van het HvJ EU over toepassing van de eerlijkhedsmaatstaf zoals het hof die verstaat, valt bovendien wel het nodige af te dingen (de kwaliteit van die rechtspraak is overigens wisselend). Volgens de uitspraak Aziz (2013) gaat het er bijvoorbeeld om of de verkoper er redelijkerwijs van kan uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.⁵⁷⁾ Die maatstaf is nogal gekunsteld; afgezien van de vraag of het überhaupt denkbaar is dat ‘afzonderlijk onderhandelen’ als consument met een verzekeraar met superieure kennis en kunde ‘eerlijk en billijk’ is (evenwichtig is het in elk geval niet), gaat het er volgens mij niet alleen om hoe zou zijn onderhandeld, maar ook om de vraag of de consument bij die onderhandeling de consequenties van aanvaarding van het beding in het licht van mogelijke toekomstige omstandigheden doorziet ten tijde van contractsluiting. Ik sluit niet uit dat veel polisbedingen er precies hetzelfde zouden uitzien als consumenten erover gingen onderhandelen; het is namelijk vaak het gebrek aan inzicht in de potentiële valkuilen in de polisvoorwaarden dat achteraf opspeelt. Scherper geformuleerd dan Aziz (2013) lijkt dan ook de latere uitspraak *Andriuc/Banca Românească* (2017), waar wordt overwogen dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding moet worden uitgegaan:

“(...) van het moment waarop de betrokken overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de verkoper op dat moment kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst, aangezien een contractueel beding een verstoring van het evenwicht tussen de contractpartijen in zich kan dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert.”⁵⁸⁾

Het zou mijns inziens verkeerd zijn om latere omstandigheden zonder meer van toetsing uit te sluiten.⁵⁹⁾ Ook feiten en omstandigheden die zich ná het sluiten van de overeenkomst voordoen⁶⁰⁾ en die het beroep op de algemene voorwaarden in het gegeven geval onredelijk bezwarend maken, moeten soms worden gewogen. Niet met *hindsight*, maar wel om bijvoorbeeld te bepalen of de consument ten tijde van het contracteren bedacht had moeten zijn op wat later zou volgen. Het is soms ook niet goed mogelijk om latere

54. HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, NJ 2001/120 (Prullenbak).
55. Zie nader over deze schurende panelen, met verwijzingen, J.S. Overes, ‘Primaire dekkingsomschrijvingen, preventieve garanties en de redelijkheid en billijkheid: naar een inhoudelijke benadering?’, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2020, p. 15 e.v.
56. Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9891 en Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5421.
57. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), nr. 69.
58. HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriuc/Banca Românească*), nr. 54. Daarover bijv. C.M.D.S. Pavillon, ‘Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen - Beschouwingen naar aanleiding van Hof ‘s-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2018, p. 92.
59. Die latere toetsing is overigens altijd mogelijk, ook als het beding op zichzelf niet oneerlijk is; vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-renteopslag*), r.o. 3.5: indien een beding niet oneerlijk is bevonden, kan bij de toepassing ervan zo nodig worden onderzocht of het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
60. De rechtspraak van het HvJ EU concentreert zich als gezegd op de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst. Zie bijv. HvJ EU 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (*Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG vs Ludger en Ulrike Hofstetter*); HvJ EU 3 april 2014, nr. C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857 (*Sebestyén/Zsolt Csaba Kővári cs*): overeenkomstig artikel 4, lid 1 richtlijn 93/13 moet bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond en op het moment van de sluiting van de overeenkomst worden meegewogen (met verwijzing naar de arresten *Pannon GSM*, EU:C:2009:350, punt 39, en *VB Pénzügyi Lizing*, C-137/08, EU:C:2010:659, punt 42). Omdat de richtlijn minimumharmonisatie betreft, kan de inhoudstoets van art. 6:233 aanhef en onder a BW méér omvatten (en art. 6:248 lid 2 BW uiteraard ook).
61. Nader over het peilmoment C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht - De oneerlijkhedsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 105 e.v. Zie over de samenloop tussen art. 6:233 aanhef en onder a BW en art. 6:248 lid 2 BW het arrest *Bramer/Hofman* (HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112) en daarover J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2016, p. 37 e.v.; A.G. Castermans en H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 88.
62. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz); HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (*Constructora Principado*); vgl. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (AOV NN), r.o. 3.8.2.

63. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (T./Dexia), herhaald in o.m. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (Euribor-renteopslag).
64. Zie voor een worsteling met dit probleem in het kader van erfpachtvoorwaarden bijv. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck, 'Consumentengoederenrecht: over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2018, p. 84-85.
65. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht - De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 81 e.v. En omgekeerd: als een beding in algemene voorwaarden regelend recht herhaalt, is dat niet een beslissend argument om het beding redelijk te achten. Aldus terecht M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 162-163. In het Duitse recht is men hier terughoudender: het opzijzetten van regelend recht dat letterlijk is herhaald in een contractscategorie (een zgn. 'deklaratorische Klausel') staat als het ware gelijk aan een rechter die *contra legem* recht spreekt en dus het recht niet respecteert. Vandaar dat een meer indirecte toetsing wordt toegepast (waarbij centraal staat of de clausule passend en proportioneel is). Vgl. D. Schaffrin, *Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich* (Diss. Köln), Karlsruhe: VVW 2016, p. 101.
66. Anders: J.H. Wansink e.a., *Bijzondere overeenkomsten - Verzekering* (Deel 7-IX van Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2019, p. 211 e.v. (nr. 273 e.v.). Ik meen dat deze benadering onjuist is: als de polis een zwart-wit vervalbeding bevat, is het in strijd met de wet en daarmee onverbindend. Een beroep van een verzekeraar op het beding dat in casu redelijk oogt, kan het niet redden. Uit Richtlijn 93/13 volgt, als we aannemen dat een zwart-wit vervalbeding als zodanig oneerlijk is (want in strijd met dwingend recht), dat het buiten werking gesteld moet worden ook al is het niet ingeroepen of redelijk wordt toegepast door de verzekeraar (vgl. HvJ EU 11 juni 2015, C 602/13, EU:C:2015:397, nr. 50, 54 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) en HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, nr. 73 (Banco Primus): "(...) dat wanneer de nationale rechter heeft geconstateerd dat een beding in een consumentenovereenkomst "oneerlijk" is in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, het feit dat dat beding niet tot uitvoering is gebracht op zichzelf de nationale rechter niet kan verhinderen alle passende consequenties aan dat oneerlijke karakter te verbinden (...)" Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274; HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2015:2703, NJ 2017/214.
67. Bijvoorbeeld: "Als u arbeidsongeschikt bent, dan moet u ons dit zo snel mogelijk melden. Als u dit niet binnen 60 dagen doet, dan houden wij als begindatum van uw arbeidsongeschiktheid de meldingsdatum aan."
68. Bijvoorbeeld: "Wat gebeurt er als u ons opzettelijk heeft misleid? Of als u ons probeerde te misleiden? Dan mogen wij: • De verzekering meteen stoppen vanaf het moment dat wij u daarover berichten. - U krijgt betaalde premies niet terug. • De uitkering weigeren of stoppen vanaf het moment dat u ons opzettelijk heeft misleid. (...) Of deze voorwaarden: "(...) Er is (...) geen recht op een uitkering als (...) u ons opzettelijk onjuiste informatie heeft gegeven bij aanvang van de verzekering of bij melding van het ongeval (...) U heeft geen recht op een uitkering als de bepalingen over fraude (...) van toepassing zijn, zoals vermeld in de algemene voorwaarden."

feiten en omstandigheden bij inhoudstoetsing buiten beschouwing te laten, bijvoorbeeld wanneer het juist de latere omstandigheden zijn waaronder het beding wordt ingeroepen die maken dat het beroep erop het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.⁶¹⁾

Ook in een ander opzicht is de rechtspraak van het HvJ EU weinig gelukkig. Het HvJ EU lijkt zich bij de inhoudstoets vaak te beperken tot de vraag of het beding nadelig is voor de wederpartij in vergelijking met wat zonder het beding zou gelden tussen partijen, dus in vergelijking 'met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen'. Dat is dus een vergelijking met het regelend recht.⁶²⁾ Gelukkig zegt de Hoge Raad dat 'met name' met regelend recht moet worden vergeleken.⁶³⁾ Er is dus nog hoop, want wettelijk regelend recht kan lacuneus zijn; wat als het regelend recht niets regelt, of als het regelend recht, gezien de omstandigheden of de aard van de overeenkomst, gewoon niet tot eerlijke uitkomsten leidt?⁶⁴⁾ Ook het Duitse recht, waar het idee van de vergelijking met wat zonder het beding zou hebben gegolden, sterk ontwikkeld is, kent geen verenging tot vergelijking met aanvullend wettelijk recht. 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 ook als het beding de wezenlijke rechten en plichten die voortvloeien uit de 'Natur' (de aard) van de overeenkomst zodanig inperkt dat de bereiking van het doel van de overeenkomst in gevaar komt. Die tweede toets is een zelfstandige toets. Richtlijn 93/13 verplicht ons niet om *alleen* de eerste toets te verrichten, en dat lijkt me terecht.⁶⁵⁾

5. Ten slotte: er valt nog wel wat te verbeteren

Uitleg van verzekeringsvoorwaarden is een 'balanceeract' geworden. De inhoudstoetsing wordt intensiever. Dat stelt eisen aan de verzekeringsbranche in ons land, ook waar het gaat om de *first-party* verzekeringen die in deze bijdrage centraal stonden. Neem bijvoorbeeld de polispraktijk en het wettelijk systeem rondom de meldingsplicht. Verzekerden zijn verplicht om zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is, melding te doen van het verzekerd voorval (art. 7:941 lid 1 BW). Dit stelt de verzekeraar in staat om bijvoorbeeld oorzaakonderzoek te doen, waar de verzekerde medewerking aan moet verlenen (lid 2). Als de verzekerde deze verplichtingen tot melding en medewerking niet nakomt, is het de verzekeraar toegestaan 'de uitkering te verminderen met de schade die hij daardoor lijdt' (lid 3). De verzekeraar mag het vervallen van het recht op uitkering wegens niet-nakoming slechts bedingen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad (lid 4). Echter, als de verzekeraar kan

aantonen dat sprake was van opzet om te misleiden, dan vervalt het recht op uitkering volledig, tenzij 'deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt'. Dit alles is dwingend recht (art. 7:943 lid 2 BW) in die zin dat er niet in het nadeel van de verzekerde bij contract van afgeweken kan worden. De verzekerde kan afwijkende bedingen vernietigen en in overeenkomsten met consumenten zal de rechter deze bedingen vermoedelijk ambtshalve moeten vernietigen.⁶⁶⁾ Dit betekent onder meer dat niet zijn toegestaan:

- Polisbepalingen die de meldingsplicht uitdrukken in een concreet aantal uren, dagen of weken, als daarmee een beperktere periode dan de 'redelijkerwijs mogelijke' periode wordt bepaald.⁶⁷⁾
- Polisbepalingen die verval van aanspraak op de uitkering stellen als sanctie op niet-nakoming van de plicht tot melding en medewerking zonder te vermelden dat dit alleen mogelijk is als de verzekeraar aantoonbaar in een redelijk belang te zijn geschaad.
- Polisbepalingen die verval van aanspraak op de uitkering stellen als sanctie op opzettelijke misleiding zonder te vermelden dat de verzekerde mag proberen aan te tonen dat de misleiding het verval niet rechtvaardigt.⁶⁸⁾

Een blik op enkele polisvoorwaarden leert dat de polispraktijk niet altijd in overeenstemming is met deze uitgangspunten. Wat te denken van:

"Wij betalen niet of minder schade als je: (...)

Bij schade niet meewerkt. We hebben dan niet alle informatie om de schade goed te beoordelen en vast te stellen wie voor de schade moet betalen".

Er staat niet dat de verzekeraar in dat soort gevallen moet aantonen in een redelijk belang te zijn geschaad. Daarmee lijkt het beding te suggereren dat een algeheel verval zonder meer mogelijk is (of ook: dat de verzekeraar beoordelingsruimte heeft om geheel of gedeeltelijk niet uit te keren), en dat is niet waar. Er valt dus nog wel wat te verbeteren. Of het net zo lekker leest als deze taalkundig eenvoudige voorwaarden, is een andere vraag.