



vereniging
voor
verzekerings
wetenschap

Jaarvergadering Vereniging voor Verzekeringswetenschap

‘Polisvoorwaarden in het verzekeringsrecht. Vanaf het moment van terhandstelling tot aan de toets aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid nét even anders.’

Erasmus Paviljoen Rotterdam,
5 april 2024

Verwachtingsmanagement: de definitieve *line-up*

13:30-14:00	Ontvangst met koffie en thee.
14:00-14:15	Woord van welkom voorzitter en huishoudelijk gedeelte.
14:15-14:55	Mop van Tiggele (EUR/UoC) Toetsing van polisvoorwaarden en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 2 BW: de Hoge Raad gaat om (HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2023:1164, <i>Fjordenpaarden</i>)
14.55-15:35	Hans <u>Londonck Sluijk</u> (Londonck & Kos) "De redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm."
15:35-16:05	Pauze
16:05-16:45	Diederik van der Kooij (Houthoff) " <u>Ocidental</u> : nieuwe eisen aan terhandstelling van polisvoorwaarden?"
16:45-17:00	Afronding door de voorzitter.

De middag wordt rond 17.00 uur afgesloten met een borrel.

Jaarvergadering

‘Toetsing van polisvoorwaarden en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 2 BW: de Hoge Raad gaat om (HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:1164, *Fjordenpaarden*)’

Prof.mr. Mop van Tiggele-van der Velde
Hoogleraar Verzekeringsrecht Erasmus
Universiteit Rotterdam & *University of Curaçao*

Fjordenpaarden op z'n kortst (zinvol) verwoord

“De Hoge Raad ziet aanleiding het eerder door hem zelf geïntroduceerde onderscheid tussen de primaire dekking omschrijving en de preventieve garantievoorwaarde niet langer te maken.”



De vraag of er verband bestaat tussen de niet-nakoming van een beding en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt kan daardoor (vanaf 16 februari 2024) bij ieder type polisbeding meespelen in de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij de Hoge Raad in dit verband een aantal bij de beoordeling in acht te nemen gezichtspunten noemt waarin de uiteenlopende aard van de verschillende polisbepalingen te herkennen is.

“De Hoge Raad gaat om”

Polistechniek

In grote lijnen: twee typen polisbedingen

Preventieve garantievoorwaarde

a.k.a. *promissory warranty*

(een aan de verzekerde opgelegde preventieve maatregel, van de nakoming waarvan de verzekeraar zijn dekkingsbereidheid afhankelijk heeft gesteld)

Standaard-arrest: HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915 (*Biçak/Aegon*)

Primaire dekkingsomschrijving (pdo)

(positieve omschrijving van de dekking, insluiting en [al dan net expliciete] uitsluitingen)

Standaard-arrest: HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435 (*Valschermzweeftoestel*)

Als we doen of het onderscheid eenvoudig te maken valt...

Preventieve garantievoorwaarde 172

Horeca-risico-verzekeringnemer is
Verplicht om het navolgende na te komen:

Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars (...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft het verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.

Primaire dekkingsomschrijving 172

Niet verzekerd is:

- de aansprakelijkheid voor schade indien géén gebruik wordt gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars.

Arrest Biçak/Aegon
en de brand in de meterkast:

Er kunnen zich gevallen voordoen waarin een beroep op een clause in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. “Daarbij kan worden gedacht aan onvoldoende verband niet-naleven verplichtingen en risico zoals verwezenlijkt.”

Biçak/Aegon: de clause

‘HORECA–RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

1.(...)

2.Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.

(...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

Biçak/Aegon: de clause

‘HORECA–RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

1.(...)

2.Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.

(...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

→ een preventieve garantievoorwaarde
 (“ik verzeker jou, als jij je gedraagt”)

De casus

‘HORECA–RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

- 1.(...)
- 2.Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.

(...)
Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

- brand en er is niet aan de clausule voldaan

De casus

‘HORECA–RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

- 1.(...)
- 2.Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.

(...)
Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

- brand en er is niet aan de clausule voldaan
- onderzoek laat zien: de brand is ontstaan in de meterkast

De casus

‘HORECA–RISICO Verzekeringnemer is verplicht het volgende na te komen:

- 1.(...)
- 2.Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afvallemmers en peukenverzamelaars, voorzien van goed sluitende deksels of van vlamdovende afvalbakken. Als uitzondering hierop is het toegestaan alleen in de keuken en uitsluitend voor het verzamelen van etensresten gebruik te maken van kunststof afvalbakken.

(...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.’

- brand en er is niet aan de clausule voldaan
- onderzoek laat zien: de brand is ontstaan in de meterkast
- vaststelling: de clausule geeft een sanctie voor niet-naleven van het beding, maar geen escape op het punt van (het ontbreken van) causaliteit

En dus?
Verval van het recht op uitkering?

Het standaardarrest op dit punt:

HR 20 oktober 2000, NJ 2001, 120 (*Biçak-Aegon*)

De sanctie wel maar 'de escape' niet gegeven

'3.3.

Bij de beoordeling van het middel moet veronderstellenderwijs, als door Biçak gesteld en door het Hof in het midden gelaten, ervan worden uitgegaan dat de brand is ontstaan in de meterkast, en niet in de prullenmand die in strijd met de clausule aanwezig was. (...)

Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat, aangenomen dat de clausule geldig is overeengekomen, de verzekeraar daarop een beroep kan doen en het recht op uitkering derhalve vervalt, indien de in de clausule omschreven verplichtingen niet zijn nagekomen.

***Biçak-Aegon* vervolg:**

Dit neemt evenwel niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin een beroep op de clause 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 clause omschreven verplichtingen en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt (vgl. HR 19 mei 1995, nr. 15 696, *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 voorgeschreven voorzieningen niet de oorzaak of de mede-oorzaak kan zijn geweest van de brand en evenmin ervan dat de brand zich heeft kunnen uitbreiden. (...)'.

*DUS: alleen bij causaliteit en/of omvangvergroting verval van recht
(ook als de polis over die uitzondering niet rept)*

Naar bewijsrechtelijke verhoudingen

De verzekeraar bewijst dat de verzekerde de verplichting uit de garantieclausule niet is nagekomen

(dat is: verzekeraar stelt – verzekerde betwist – verzekeraar bewijst als nodig)

- in lijn met art. 150 Rv: de verzekeraar beroept zich de rechtsgevolgen en draagt daardoor in beginsel de bewijslast van de feiten of rechten

- NB: de enkele betwisting scheidt GEEN bewijsplicht

De verzekerde bewijst (daarna) dat het niet-toepassen van de voorgeschreven voorzieningen niet de oorzaak of mede-oorzaak kan zijn geweest

(dat is: verzekerde stelt – verzekeraar betwist – verzekerde bewijst als nodig)

De oorzaak is niet bekend

'2.12.

(...)

Kan de niet-naleving van het voorschrift wel oorzaak of mede-oorzaak zijn geweest, dan mag de verzekeraar de verzekeringnemer aan het polisbeding houden. Onzekerheid over de brandoorzaak wordt aldus ten laste van de verzekeringnemer gebracht. Dat is weliswaar bezwaarlijk voor de verzekeringnemer, maar in het onderhavige geval niet ongerechtvaardigd, omdat de verzekeringnemer nu eenmaal het voorschrift in de polis heeft overtreden.'

(Langemeijer voor *Biçak/Aegon*)

Aan de orde is het afwerpen van het beroep op een bepaling met “de maatstaven van R&B”

- 6:248 BW: een bepaling over de rechtsgevolgen van overeenkomsten
- Lid 1 → een overeenkomst heeft de door pp overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die naar de aard van de ovk, uit de wet, de gewoonte of de eisen van R&B voortvloeien (= aanvullende werking)
- Lid 2 → een als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, “voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van R&B onaanvaardbaar zou zijn” (= derogerende werking)

De te spelen kaart: 6:248 lid 2 BW *in practice*

VERZEKERDE: dekking



VERZEKERAAR: nee zie (polis)beding

VERZEKERDE: de als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van R&B onaanvaardbaar zou zijn



VERZEKERAAR: gemotiveerd betwisten

Polistechiek

In grote lijnen: twee typen polisbedingen

Preventieve garantievoorwaarde

a.k.a. *promissory warranty*

(een aan de verzekerde opgelegde preventieve maatregel, van de nakoming waarvan de verzekeraar zijn dekkingsbereidheid afhankelijk heeft gesteld)

Standaard-arrest: HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915 (*Biçak/Aegon*)

Primaire dekkingsomschrijving (pdo)

(positieve omschrijving van de dekking, insluiting en [al dan net expliciete] uitsluitingen)

Standaard-arrest: HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435 (*Valschermzweeftoestel*)

Arrest Valschermzweeftoestel
en de val uit de lucht:

De Hoge Raad introduceert begrip & regime van de primaire dekkingsomschrijving (pdo).

Een beroep op een clausele kan ook bij een pdo naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht, maar niet op de grond dat onvoldoende verband bestaat tussen niet-naleven verplichtingen en risico zoals verwezenlijkt.

Valschermzweeftoestel: de clause

Clausule 904:

‘niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zgn. liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem.’

Valschermzweeftoestel: de clause

Clausule 904:

‘niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zgn. liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem.’

→ een uitsluiting (met een opgenomen insluiting)
 (“er is geen dekking voor deze schade; punt”)

De casus

Clausule 904:

'niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zgn. liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem.'

- een vlucht met een valschermsweeftoestel

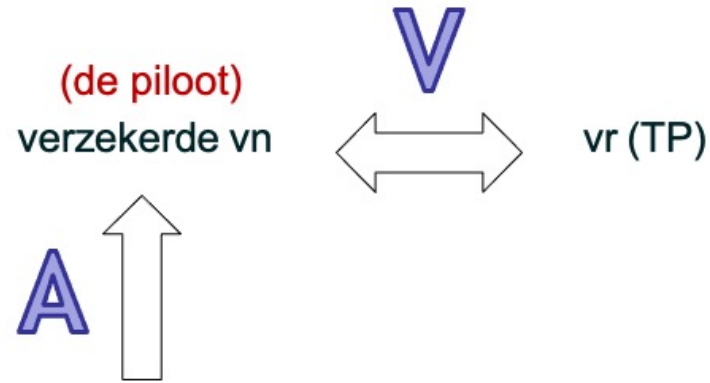
De casus

Clausule 904:

'niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zgn. liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem.'

- een vlucht met een valschermszweeftoestel
- val uit de lucht
- passagier spreekt de piloot aan

THIRD PARTY - voor de (inmiddels) schematisch ingestelden:



benadeelde/gevonden slachtoffer
(de passagier)

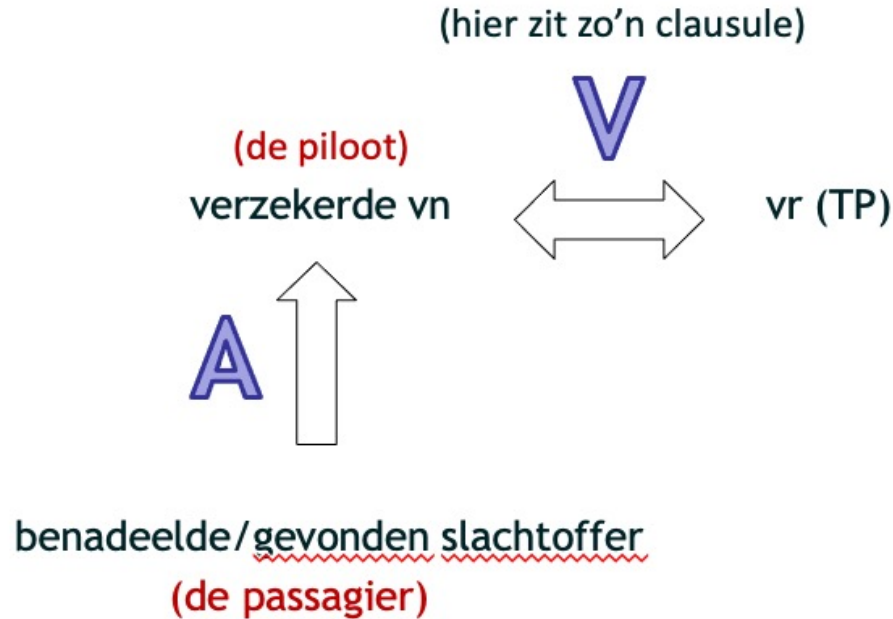
De casus

Clausule 904:

'niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het gebruik van het zgn. liersysteem. Nadrukkelijk wordt overeengekomen dat deze bepaling niet van kracht is indien men vergunning heeft voor het gebruik van een liersysteem.'

- een vlucht met een valschermszweeftoestel
- val uit de lucht
- passagier spreekt de piloot aan
- noch de piloot, noch de lierbediende bezitten de benodigde vergunning (reden waarom de verzekeraar zich op de clausule beroept)

THIRD PARTY - voor de (inmiddels) schematisch ingestelden:



Rapport Koninklijke Nederlandse Vereniging voor de Luchtvaart (KNVvL):

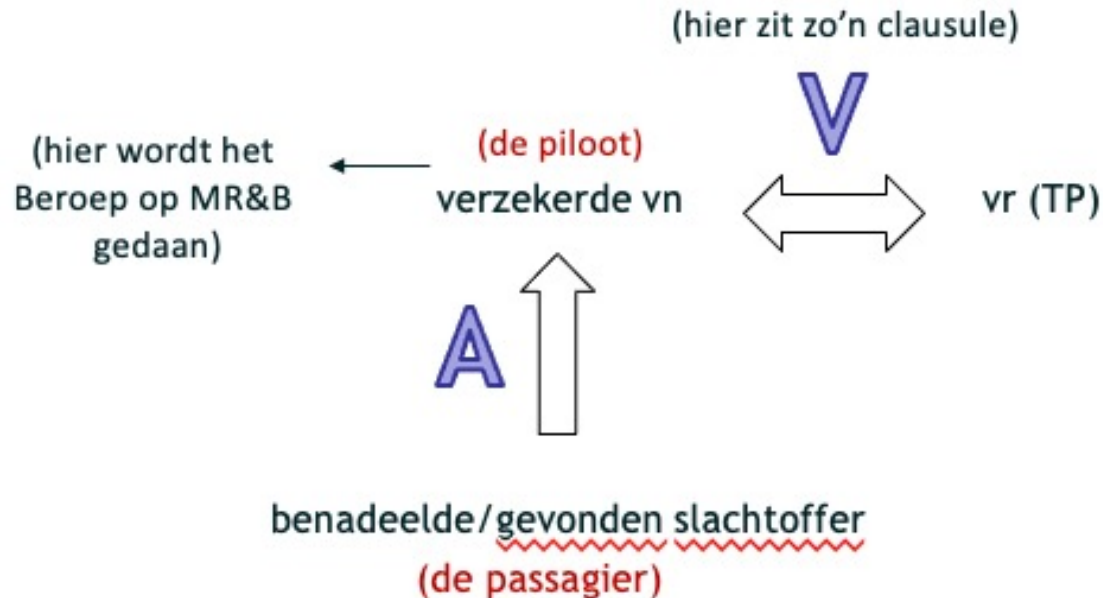
Over het ontbreken van de bevoegdheid tot het maken van tandemvluchten en die tot lierbediening:

‘dit heeft geen directe negatieve rol (...) gespeeld ten aanzien van het ongeval. Beiden hadden ruime ervaring, genoeg zelfs om de ontbrekende bevoegdheden aan te vragen en te verkrijgen’.

(...)

‘Kortom een zeer ongelukkige samenloop van omstandigheden.’

THIRD PARTY - voor de (inmiddels) schematisch ingestelden:



En dus?
Verval van het recht op uitkering?

Het *Valschermzweeftoestel*-arrest. De Hoge Raad:

3.4.2 “Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsoomschrijving 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 dekkingsoomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.”

(HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV9435, NJ 2006/326)

Wezenlijk is in ieder geval de vraag: wat valt onder die 'primaire' dekkingsomschrijving?

De gehele opsomming?

JA. Dus:

- de (positieve) omschrijving van gedekte gevaren
- de in de (positieve) dekkingsomschrijving besloten liggende (impliciete) uitsluitingen
- expliciete uitsluitingen/dekkingsbeperkingen

NB: primaire dekkingsomschrijving \neq positieve dekkingsomschrijving

Maar wat wilde het arrest nog meer laten zien?
R&B-toets ter discussie?

Terug in herinnering: het *Valschermzweeftoestel*-arrest

3.4.2 “Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsoomschrijving *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 dekkingsoomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.”

(HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV9435, NJ 2006/326)

The logo for Erasmus University, featuring the word "Erasmus" in a stylized, cursive script.

Onder andere omstandigheden kon een beroep op art. 6:248 lid 2 BW (vanzelfsprekend) wel

- de begrenzingspassage is talloze malen herhaald en dat is terecht: het polisrecht laat toe dat de vr keuzes maakt;
- die keuzes staan bloot aan de R&B-toets, al dient de gekozen polistechniek gerespecteerd worden → inbreken in de vrijheid van de verzekeraar langs de weg van 6:248 lid 2 BW op de grond dat causaliteit ontbreekt kon niet
- op andere gronden wél (illustratief zijn arresten *Herbouwwaarde*, *Bosentan* en *Ziektebeeld*)

Het arrest *Bosentan* is meest veelzeggend

Erasmus

Het arrest *Bosentan* is meest veelzeggend

De Hoge Raad overweegt dat aanspraak op vergoeding of verstrekking van een geneesmiddel

“[kan] worden gegrond op de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 en 6:248 BW. (...) Anders dan VGZ aanvoert, kan ook het weigeren van een vergoeding die buiten de verzekeringsdekking valt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, en wel indien zich (zeer) bijzondere omstandigheden voordoen die dat oordeel rechtvaardigen. Het arrest HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (*Valschermzweeftoestel*, toev. NvT), waarop VGZ in dit verband een beroep doet, sluit dit niet uit.”

Onder andere omstandigheden kon een beroep op art. 6:248 lid 2 BW (vanzelfsprekend) wel

- de begrenzingspassage is talloze malen herhaald en dat is terecht: het polisrecht laat toe dat de vr keuzes maakt;
- die keuzes staan bloot aan de R&B-toets, al dient de gekozen polistechniek gerespecteerd worden → inbreken in de vrijheid van de verzekeraar langs de weg van 6:248 lid 2 BW op de grond dat causaliteit ontbreekt kon niet
- op andere gronden wél (illustratief zijn arresten *Herbouwwaarde*, *Bosentan* en *Ziektebeeld*)
- R&B-kaart wordt gespeeld door degene die zich geconfronteerd ziet met een beroep op een (contractuele) bepaling en die aanvoert dat dát naar maatstaven van R&B tot een onaanvaardbaar resultaat leidt;
- NB: on-aan-vaard-baar (niet: een beetje jammer)
- voor de derogerende werking van R&B zijn omstandigheden van betekenis nodig;
- in een individueel geval | een generieke uitzondering past niet bij 6:248 lid 2 BW.

Polistechniek

In grote lijnen: twee typen polisbedingen

Preventieve garantievoorraade

a.k.a. *promissory warranty*

(een aan de verzekerde opgelegde preventieve maatregel, van de nakoming waarvan de verzekeraar zijn dekkingsbereidheid afhankelijk heeft gesteld)

Standaard-arrest: HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915 (*Biçak/Aegon*)

Primaire dekkingsomschrijving (pdo)

(positieve omschrijving van de dekking, insluiting en [al dan net expliciete] uitsluitingen)

Standaard-arrest: HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435 (*Valschermzweeftoestel*)

Realiteit tot 16 februari 2024:

Beroep op maatstaven R&B kan bij beide typen polisbedingen, maar bij de pdo niet op de grond dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-naleven van verplichtingen en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt.

Het belang van (juiste) kwalificatie

(op het punt van [de gronden voor] toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW)
was daarmee groot te noemen.

Arrest Fjordenpaarden
en de val van een paard:

De Hoge Raad ziet aanleiding om
het (door hem zelf) geïntroduceerde onderscheid tussen
de primaire dekkingssomschrijving en
de preventieve garantievoorwaarde
op het punt van de beoordeling aan de maatstaven van
R&B niet langer te maken

Fjordenpaarden: de clausule

“L 656B Verhuur rijpaard(en)

De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur
- en de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS-lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiter.”

(‘de Verhuurclausule’)

Fjordenpaarden: de clause

“L 656B Verhuur rijpaard(en)

De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur
- en de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS-lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiter.”

→ de kwalificatie-exercitie vooraf (toch gemaakt): welk type beding is dit?

De casus

“L 656B Verhuur rijpaard(en)

De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur
- en de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS-lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiter.”

- een buitenrit op fjordenpaarden

De casus

“L 656B Verhuur rijpaard(en)

De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur
- en de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS-lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiter.”

- een buitenrit op fjordenpaarden

- een mountainbiker wil op het ruiterpad passeren, waardoor de bladeren ritselen en de achterste paarden van schrik in galop gingen en hun berijders afwierpen

- een van de berijders (“mevrouw A”/“betrokkene 3”) heeft ernstig letsel en zoekt verhaal:

De juridische basis

1. de afgeworpen deelnemer stelt de manegehouder ex 6:179 BW aansprakelijk nu de schade is veroorzaakt door een paard waarvan de manegehouder ten tijde van het ongeval bezitter was, althans bedrijfsmatig gebruiker in de zin van art. 6:181 BW.

manege roept NN als verzekeraar en Aon als makelaar in vrijwaring op →

2. NN dient te betalen op grond van de polisvoorwaarden van de aansprakelijkheidsverzekering
3. Als NN niet gehouden is te betalen, heeft Aon niet gehandeld als van een redelijk bekwaam en zorgvuldig handelend tussenpersoon mocht worden verwacht (omdat Aon dan is tekortgeschoten in haar verplichtingen om een onjuiste dan wel ontoereikende verzekeraar af te laten sluiten)

“De verhuurclausule“

“De verhuurclausule“

“L 656B
Verhuur rijpaard(en)

De aansprakelijkheid voor schade verband houdend met verhuur als rijpaard is uitsluitend verzekerd, indien wordt aangetoond dat:

- een en ander plaatsvond onder leiding van een terzake gediplomeerd instructeur of instructrice, dan wel een stagiaire van een in Nederland erkend opleidingsinstituut tot paardrij-instructeur
- en de huurder(s) beschikte(n) over een FNRS-diploma, een KNHS-lidmaatschapskaart of een ruiterbewijs van de Stichting Recreatie Ruiter.”

Het verschil (erg) kort door de bocht verwoord

(maar tot Fjordenpaarden was het wel zo)

Primaire dekkingsomschrijving → wij vergoeden geen schade want jullie hebben je papieren niet op orde (en je weet, want dat zegt de clause: dan betaal ik niet) (waarbij de HR niet gevoelig is voor het causaliteitsargument "maar dit zou hoe dan ook gebeurd zijn")

Preventieve garantievoorwaarde → wij vergoeden alleen schade als je je papieren op orde hebt (maar het argument: "dat is wel zo maar dat doet er niet toe, want dit zou toch wel gebeurd zijn; ook berijders met diploma's zouden ten val zijn gekomen" sorteert effect, want het causaliteitsargument speelt een rol van betekenis)

(De slide van het begin terug in beeld)

Als we doen of het onderscheid eenvoudig te maken valt...

Preventieve garantievoorwaarde 172

Horeca-risico-verzekeringnemer is

Verplicht om het navolgende na te komen:

Er mag uitsluitend gebruik worden gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars (...)

Het niet nakomen van bovengenoemde bepalingen heeft het verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg.

Primaire dekkingsomschrijving 172

Niet verzekerd is:

- de aansprakelijkheid voor schade indien géén gebruik wordt gemaakt van metalen afval Emmers en peukenverzamelaars.

“De verhuurclausule” | 2xGHSHE en 1xPHR

Hof 's-Hertogenbosch

1 februari 2022

ECLI:NL:GHSHE:2022:249

Rb → preventieve garantie

Hof → preventieve garantie (+ naar maatstaven R&B onaanvaardbaar want causaal verband ontbreekt)

Van deze zaak is cassatieberoep ingesteld (behandelen wij vandaag)

ECLI:NL:PHR:2023:643

“De verhuurclausule” | 2xGHSHE en 1xPHR

Hof 's-Hertogenbosch

1 februari 2022

ECLI:NL:GHSHE:2022:249

Rb → preventieve garantie

Hof → preventieve garantie (+ naar maatstaven R&B onaanvaardbaar want causaal verband ontbreekt)

Van deze zaak is cassatieberoep ingesteld (behandelen wij vandaag)

ECLI:NL:PHR:2023:643

Hof 's-Hertogenbosch

4 oktober 2022

ECLI:NL:GHSHE:2022:3331

Rb → pdo

Hof → pdo (“zodat niet van belang is of de schade wel of niet had kunnen worden voorkomen, zodat het beroep op de clausule niet onaanvaardbaar is”)

Geen cassatieberoep ingesteld

GHSHE:2022:3331

“5.19 (...) Het hof is ermee bekend dat in een andere zaak door een andere kamer van dit hof anders is beslist, op basis van de stellingen die de partijen in die zaak hebben ingenomen, maar dit rechtvaardigt in deze zaak geen ander oordeel.

5.20. Een verzekeraar kan met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen dekking worden opgedrongen die hij niet heeft aangeboden. Dat geldt ook in dit geval. Er is in beginsel geen ruimte voor het uitbreiden van de grenzen van de overeengekomen dekking met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. [verweerder] heeft geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die een uitzondering op dit beginsel rechtvaardigen. (...)”

Een pracht van een conclusie A-G Hartlief

(ECLI:NL:PHR:2023:643)

“De zaak raakt aan het bevorderen van de rechtseenheid door Uw Raad”;

De Advocaat-Generaal:

- benoemt formuleringen die de omvang van de dekking bepalen en die als startpunt voor uitleg van (de omvang van) de dekking hebben te gelden;
- ziet aanwijzingen om de Verhuurclausule als een primaire dekkingssomschrijving aan te merken (ipv preventieve garantievoorraarde);
- maakt inzichtelijk dat – wat hij aanduidt als – het “het (conceptueel heldere, maar praktisch soms problematische) onderscheid tussen de primaire dekkingssomschrijving en een preventieve garantievoorraarde” welhaast onhoudbaar is.

De Hoge Raad vat eea nog even samen

“3.2 In de rechtspraak van de Hoge Raad is een onderscheid gemaakt tussen bedingen die de primaire omschrijving van de dekking inhouden (de zogenoemde ‘primaire dekkingsomschrijving’) en bedingen die een voorwaarde bevatten waaronder de dekking vervalt, bijvoorbeeld indien in het beding omschreven verplichtingen niet zijn nageleefd (ook wel aangeduid als ‘preventieve garantievoorwaarden’).

De Hoge Raad vat eea nog even samen (2)

Het onderscheid werd van belang geacht om de reden dat indien een beding (niet een voorwaarde bevat waaronder de dekking vervalt, maar) de primaire omschrijving van de dekking inhoudt, een beroep van de verzekeraar daarop ter weigering van dekking of uitkering niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kon zijn op de grond dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt.”

Noot HR:

“Vgl. HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, rov. 3.3; HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, rov. 3.4.2.”

En gaat dan om

“3.3 De Hoge Raad ziet aanleiding dit, in de praktijk niet steeds gemakkelijk te hanteren, onderscheid niet meer te maken. Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, behoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten.

De onderbouwing (2)

Er is geen reden om bedingen die de verzekeraar inroept om uitkering geheel of ten dele te weigeren, op voorhand te onderscheiden in bedingen waarbij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op de hiervoor in 3.2 bedoelde grond (dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het verwezenlijkt risico, NvT) niet kan slagen en bedingen waarbij dat onder omstandigheden wel kan. De rechter behoeft dus niet, alvorens het beroep van de verzekerde op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te beoordelen, het beding te kwalificeren aan de hand van het hiervoor in 3.2 genoemde onderscheid (tussen de primaire dekkingssomschrijving en de preventieve garantievoorwaarde, NvT).”

'n Tussenconclusie (van uw docent)

Voor de praktijk brengt deze beslissing mee dat voor ieder polisbeding (uiteindelijk, als nodig) art. 6:248 lid 2 BW in beeld komt en dat daarbij ook het ontbrekend verband met de ingetreden schade grond kan zijn om een beroep op het beding af te weren.

Een reguliere weging?

”Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, behoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten.”

Een reguliere weging?

”Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, behoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten.”

Desondanks:

- de HR noemt "gezichtspunten" die van belang kunnen zijn bij de beoordeling of een beroep op een beding in *verzekeringsvoorwaarden* van belang zijn
- uitsluitend bij een beroep op het ontbrekend verband met het verwezenlijkt risico?

Gezichtspunten van belang | de aanloop vóór opsomming

“3.4 Bij de beoordeling of een beroep op een beding in de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is *op de hiervoor in 3.2 bedoelde grond* (dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het verwezenlijkt risico, NvT) kunnen onder meer de volgende gezichtspunten van belang zijn:”

Nodig?

We komen daar later (in een slide) op terug; de gezichtspunten zijn de volgende:

Gezichtspunten van belang (een te volle slide...)

“3.4 Bij de beoordeling of een beroep op een beding in de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op de hiervoor in 3.2 bedoelde grond (dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het verwezenlijkt risico, NvT) kunnen onder meer de volgende gezichtspunten van belang zijn:

- in hoeverre het beding het te verzekeren risico in algemene zin begrenst, bijvoorbeeld in temporele of geografische zin of door middel van een dekkingslimiet;
- in hoeverre het beding ertoe strekt dat de verzekerde maatregelen treft om de kans op schade te verkleinen of, indien schade optreedt, de omvang daarvan te beperken;
- in hoeverre het beding ziet op andere belangen dan het verkleinen van de kans op door de verzekerde te lijden schade of van de omvang daarvan, zoals het voorkomen van bewijsproblemen of debat ten aanzien van de vraag in hoeverre het hiervoor bedoelde verband ontbreekt.”

De gezichtspunten geduid

- Van belang bij de beoordeling aan art. 6:248 lid 2 BW
- Daarmee: gezichtspunten voor de rechter

De gezichtspunten geduid

- Van belang bij de beoordeling aan 6:248 lid 2 BW
- Daarmee: gezichtspunten voor de rechter

- En ook een instructie voor ‘de praktijk’ → in de gezichtspunten is immers (het belang van) de uiteenlopende aard van de verschillende polisbepalingen wel te herkennen (zie vlg. slide)

De instructie voor de praktijk

De gezichtspunten benoemd:

- in hoeverre het beding het te verzekeren risico in algemene zin begrenst, bijvoorbeeld in temporele of geografische zin of door middel van een dekkingslimiet; (dus: geen onaanvaardbaarheid bij inroepen door vr, als het beding de verschijningsvorm van pdo heeft?)
- in hoeverre het beding ertoe strekt dat de verzekerde maatregelen treft om de kans op schade te verkleinen of, indien schade optreedt, de omvang daarvan te beperken; (dus: wel onaanvaardbaar om in te roepen, als het beding een prev.gar.vw is?)
- in hoeverre het beding ziet op andere belangen dan het verkleinen van de kans op door de verzekerde te lijden schade of van de omvang daarvan, zoals het voorkomen van bewijsproblemen of debat ten aanzien van de vraag in hoeverre het hiervoor bedoelde verband ontbreekt.”
(dus: niet onaanvaardbaar om het beding in te roepen als voorheen pdo?) (of juist in lijn met prev.gar.vw?)

De gezichtspunten geduid (vervolg)

- Van belang bij de beoordeling aan 6:248 lid 2 BW
- Gezichtspunten voor de rechter, dus
- En ook een instructie voor 'de praktijk' → in de gezichtspunten is immers (het belang van) de uiteenlopende aard van de verschillende polisbepalingen wel te herkennen

- Beperkt tot een beroep op het ontbrekend verband met de ingetreden schade? (zie vlg. slide)

De gezichtspunten: alleen bij een ontbrekend causaal verband?

“Bij de beoordeling of een beroep op een beding in de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is *op de grond dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt*, kan – onder meer van belang zijn ...”

De gezichtspunten: alleen bij een ontbrekend causaal verband?

“Bij de beoordeling of een beroep op een beding in de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is *op de grond dat onvoldoende verband bestaat tussen het niet-voldaan zijn aan het beding en het risico zoals zich dit heeft verwezenlijkt*, kan – onder meer van belang zijn ...”

- uw spreker van vandaag: de beperking niet te strikt oppakken. De Hoge Raad moest immers deze zaak afwikkelen, maar ook in breder verband spelen de gezichtspunten (haars inziens) een rol van betekenis

De les in de voorliggende zaak is (niettemin) overzichtelijk

“Ook indien het bedoelde verband ontbreekt, is nog niet gegeven is dat NN zich niet met succes op de Verhuurclausule kan beroepen” (r.o. 3.7)

In deze zaak (zo voeg ik, NvT, toe) past dat:

NN heeft immers in de voorliggende clausule aangegeven dat zij “uitsluitend” bereid is om dekking te verlenen als aan de genoemde vereisten zou zijn voldaan, terwijl de manegehouder bekend was met de bedoeling van de verzekeraar en hij “willens en wetens” de voorwaarden van de Verhuurclausule heeft overtreden (3.7)

Het zou aan NN’s vrijheid om de grenzen van de dekking te bepalen afdoen als het (enkele) ontbreken van causaliteit de Verhuurclausule opzij zou zetten.

De gezichtspunten geduid (vervolg)

- Van belang bij de beoordeling aan 6:248 lid 2 BW
- Daarmee: gezichtspunten voor de rechter
- En wellicht een instructie voor 'de praktijk' → in de gezichtspunten is immers de uiteenlopende aard van de verschillende polisbepalingen wel te herkennen
- Beperkt tot een beroep op het ontbrekend verband met de ingetreden schade?

- Gaan de gezichtspunten de duidelijkheid bieden waar de praktijk behoefte aan heeft?
 - Een toets aan 6:248 lid 2 BW is en blijft onzeker in de uitkomst
 - Partijen hebben belang bij duidelijkheid op voorhand (en dichtbij bij die duidelijkheid brengt dit arrest ons niet...)

Wrap-up EN gevolgen voor de te hanteren terminologie

In bullets

- afschaffing onderscheid typen beding in zoverre dat de Hoge Raad het onderscheid niet langer leidend wil laten zijn bij de beoordeling van een beroep op het beding aan de maatstaven van R&B in een geval als het onderhavige
- of verband bestaat tussen niet-nakoming van een beding en de ingetreden schade speelt vanaf nu dus bij ieder type beding
- en meer dan dat is het niet (DUS: geen gevolgen voor gebruik van de begrippen primaire dekkingsomschrijving en preventieve garantievoorwaarde; fijn ingeburgerd en belang bij praktische hanteerbaarheid ervan)

In de literatuur (tot dusver en *to come*)

J. Overes, 'Hoge Raad stapt af van categorisch onderscheid tussen primaire dekkingssomschrijving en preventieve garantie',
<https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/>

M.L. Hendrikse, 'Een 'aardverschuiving' in het verzekeringsrecht: de afschaffing van het klassieke onderscheid primaire dekkingbepaling/verval van recht-beding/preventieve garantiebepaling', *VAST 2024 / W-003*

E. Krikke, 'Geen onderscheid meer tussen primaire dekkingsslausule en preventieve garantieclausule; we kunnen ons gewoon weer met de inhoud bezighouden',
VAST 2024 / N-011

AA benaderd voor *AV&S* (kopij voor nr. 2024, nr. 3)

N. van Tiggele-van der Velde, *NJ 2024/105* (verschijnt op 13 april 2024)

(de start-slide terug in beeld)

Fjordenpaarden op z'n kortst (zinvol) verwoord

“De Hoge Raad ziet aanleiding het eerder door hem zelf geïntroduceerde onderscheid tussen de primaire dekkingsomschrijving en de preventieve garantievoorwaarde niet langer te maken.”

→

De vraag of er verband bestaat tussen de niet-nakoming van een beding en het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt kan daardoor (vanaf 16 februari 2024) bij ieder type polisbeding meespelen in de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij de Hoge Raad in dit verband een aantal bij de beoordeling in acht te nemen gezichtspunten noemt waarin de uiteenlopende aard van de verschillende polisbepalingen te herkennen is.

Erasmus
School of
Law

Jaarvergadering

‘De redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm’

Mr. Hans Londonck Sluijk
Advocaat/partner Londonck & Kos

Onredelijk & onbillijk gedrag van een verzekerde

Redelijkheid & billijkheid als norm in het verzekeringsrecht

“Auto in kanaal”, HR 1976

- Als uitkering niet kan worden geweigerd op grond van eigen schuld van de begunstigde kan de verzekeraar uitkering niet weigeren op grond van goede trouw.

Gem. Eindhoven/Allianz, HR 2007

- In geval van een verzekering als hier in het geding (aansprakelijkheidsverzekering)
- is het niet uitgesloten dat feiten en omstandigheden van dien aard zijn
- dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht moet worden
- dat de verzekerde aanspraak maakt op een uitkering onder de polis (art. 6:248 lid 2 BW).

Gem. Eindhoven/Allianz, Hof

- Indien bij de afweging van dit risico en bij het besluit tot executie het bestaan van een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid een zeker gewicht heeft uitgeoefend, is niet uitgesloten dat een beroep op die verzekering inderdaad naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
- Dat kan het geval zijn als de gemeente, zich bewust van het bestaan van een verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg kiest, die de grootste mogelijke kans op schade voor Allianz Nederland scheidt, en tegelijkertijd voor de gemeente zelf het meest voordelig is.

. Gem. Eindhoven/Allianz, HR 2007

- Aan 's hofs oordeel ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat
- met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging
- die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen.

Gem. Eindhoven: Incidenteel beroep

- het hof heeft miskend dat het voor de gegrondheid van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW in verband met een aansprakelijkheidsverzekering niet alleen gaat om
- de vraag of de verzekerde zich bij het maken van de keuze als door het hof bedoeld van het bestaan van die verzekering bewust is geweest en/of
- dat het bestaan van die verzekering bij de besluitvorming een ‘factor van gewicht’ is geweest
- die gegrondheid dient te worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.

Gem. Eindhoven: Incidenteel beroep

- Blijkens de gedingstukken heeft Allianz haar beroep op art. 6:248 lid 2 BW geheel toegespitst op (...):
- de door een onjuiste belangenafweging ingegeven besluitvorming bij de Gemeente.
- Bij het onderzoek van die stelling (...) behoefde [het hof] in het geschetste kader aan de andere in het onderdeel opgesomde omstandigheden niet afzonderlijk aandacht te besteden.

Hof Den Bosch, 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:634)

- Afgezien van het niet voldoen aan voormelde informatieverplichting ter zake schadedreiging is het hof bovendien van oordeel dat een uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn
- [appellante] vroeg normaliter nooit identiteitsbewijzen op, maar in dit geval is dat vanwege de hoge vordering wel gedaan.
- [appellante] besepte het risico van het niet betalen van deze vordering of voelde in ieder geval de behoefte om nadere zekerheden in te bouwen.

Hof Den Bosch, 2021

- Aan het verzoek om een identiteitsbewijs te verstrekken is niet voldaan.
- Door vervolgens zonder meer toch de vordering over te nemen, is het hof van oordeel dat het bestaan van de kredietverzekering bij dat besluit doorslaggevend is geweest.
- Zodoende heeft [appellante] niet genoegzaam het belang van de verzekeraar mee laten wegen bij haar besluit om de vordering over te nemen.

Hof Den Bosch, 2021

- Door na het niet verstrekken van het identiteitsbewijs niet af te zien van overname van deze vordering heeft [appellante]
- de grootst mogelijke kans op schade voor de verzekeraar geschapen,
- welke tegelijkertijd voor [appellante] zelf de meest voordelige keuze was.

Asser-serie: criterium is misbruik

- Zie Asser-Wansink-Van Tiggele: vraag of voor een beroep op misbruik niet eerst ruimte moet zijn indien het gaat om een keuze voor een bepaalde aanpak waarbij
- de verzekerde zich ten volle bewust is van de aanmerkelijke kans
- dat deze onder de polis gedekte schade tot gevolg zal hebben
- maar deze kans op de koop toeneemt

Asser-serie: criterium is misbruik

- in een streven naar een zo hoog mogelijk profijt
- en in het besef dat – zo schade zal ontstaan – deze kan worden afgewenteld op de verzekeraar.

Rb Rotterdam, 2019 (ECLI:NL:RBROT:2019:4152)

- Verzekeraars verweren zich voorts tegen de vorderingen door te stellen dat de aanspraak van Odfjell op de verzekering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is
- aangezien er sprake is van misbruik van verzekering.

Rb Rotterdam, 2019

- Odfjell kan de gevolgen van deze welbewuste keuzes niet op Verzekeraars afwentelen.
- Een aansprakelijkheidsverzekering is, zo stellen Verzekeraars verder, er niet voor bedoeld om op terug te kunnen vallen indien men met de wetenschap van het bestaan van deze verzekering bewust beleidsbeslissingen neemt die uiteindelijk tot schade kunnen leiden.



Hans Londonck Sluijk
Advocaat | Partner
M: +31 (0)6 22 48 15 60
E: hans@londonck-kos.com
www.londonck-kos.com

Nieuwezijds Voorburgwal 314 D
1012 RV Amsterdam

Pauze (30 mins)

Erasmus

Jaarvergadering

‘*Ocidental*: nieuwe eisen aan terhandstelling van polisvoorwaarden?’

Mr. Diederik van der Kooij
Advocaat | Counsel Houthoff Buruma

Richtlijn oneerlijke bedingen en
HvJEU *Occidental*
Diederik van der Kooij

5 april 2024

Krasse consumentenbescherming

- Geen beroep op aanvullend recht mogelijk
 - Bijvoorbeeld HvJEU 27 januari 2021, C-229/19 (*Dexia*)
- Bedingen niet partieel vernietigbaar
 - Bijvoorbeeld problematiek huurprijsindexatie, o.m. Rb Amsterdam 3 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4800
- Beroep op verjaring mogelijk?
 - HvJEU 10 juni 2021, C-776/19 t/m C-782/19 (*BNP Paribas*), punt 38: de *“consument, met name om te garanderen dat de rechten die hij aan richtlijn 93/13 ontleent doeltreffend worden beschermd, moet het oneerlijke karakter van een contractueel beding te allen tijde kunnen aanvoeren, niet alleen als verweermiddel, maar ook om een contractueel beding als oneerlijk te laten aanmerken door de rechter”*

Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

- RI 93/13, tot stand gekomen op 5 april 1993, van kracht sinds 1 januari 1995
- Minimumharmonisatie, geïmplementeerd in afdeling 6.5.3 BW, quasi-verordening status
- Bedingen in overeenkomsten tussen consument en (rechts)personen die handelen ter uitoefening van een bedrijfs- of beroepsactiviteit
- Transparantie en oneerlijkheid

- Steeds verdere verspreiding: kredietovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten, energiecontracten, huurcontracten, overeenkomst van opdracht met advocaat, NS-abonnementen
- Laatste jaren: verscherping sancties en beperking verjaringsverweer
- Geleidelijk steeds lagere eisen aan oneerlijkheid?

Transparantievereiste

- Artikel 5 RL 93/13: bedingen moeten steeds “*duidelijk en begrijpelijk*” zijn opgesteld
- Sinds 2013 vaste rechtspraak HvJEU:
 - “*formeel en grammaticaal begrijpelijk*” volstaat niet, een “*normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument*” moet in staat te worden gesteld om “*de concrete werking van een beding te begrijpen*” en “*op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen van het beding in te schatten*”
 - Mogelijkheid tot kennisnemen “*vóór de sluiten van de overeenkomst*” van “*wezenlijk belang*” omdat consument met name op grond van deze informatie zal beslissen of hij gebonden wenst te zijn aan de voorwaarden
- Sanctie op intransparantie:
 - Contra-proferentem uitleg
 - ‘Kernbedingen’ toch toetsbaar op oneerlijkheid
 - Omstandigheid bij oneerlijke beoordeling

Onerlijkheidstoets (I)

- Toepassingsbereik
 - Bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (artikel 3 lid 1 Rl 93/13)
 - Geen ‘kernbedingen’, tenzij beding niet transparant (artikel 4 lid 1 Rl 93/13)
- Artikel 3 lid 1 Rl 93/13: oneerlijk als het beding 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
- “*aanzienlijke verstoring van het evenwicht*”:
 - Alle omstandigheden van het geval, te beoordelen naar moment van sluiten
 - Met name rekening moet worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een vergelijkend onderzoek kan de rechter beoordelen of, en in voorkomend geval in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie brengt dan in het geldende nationale recht is voorzien.

Oneerlijkheidstoets (II)

- “*in strijd met de goede trouw*”: of verkoper door “*op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen*” met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument het betrokken beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.
- Sinds 2017 heeft HvJEU (i) volgorde vereisten omgedraaid en (ii) van goede trouw een positief vereiste gemaakt.
 - Zie bijvoorbeeld HvJEU 3 oktober 2019, C-621/17 (*Kiss en CIB Bank*), punt 49: het is aan de rechter om “*in de eerste plaats*” te beoordelen “*of het vereiste van goede trouw is nageleefd*” en “*in de tweede plaats*” of er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument in de zin van die bepaling
 - HR nog op ‘oude’ spoor, zie *AOV-polis* (NJ 2020/68) en *Euribor* (NJ 2022/204)
- Rechter *moet* eventuele intransparantie van beding betrekken

Onerlijkheidstoets (III)

- Sanctie: oneerlijk beding niet verbindend (in Nederland: vernietigbaar)
 - Streng met gevolgen, niet partieel vernietigen of converteren, en geen beroep op aanvullend recht mogelijk
 - Hinken op twee gedachten: herstel evenwicht en afschrikkende werking
 - Evenredigheidstoets RI 2019/2161 ingevoerd artikel 8ter: sancties (op overtreding van nationale bepalingen vastgesteld op grond van RI 93/13) moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn
- Verjaring
 - Contra-legem artikel 3:52 / 6:235 lid 4 BW?
 - Toepassing artikel 3:309 BW 'bekendheid met bestaan van vordering'?
- Verplichting tot ambtshalve toetsen

Ocidental: transparantievereiste

- Transparantievereiste: “*artikel 4 lid 2 en artikel 5*” Rl 93/13 moeten zodanig worden uitgelegd dat een consument steeds vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van deze overeenkomst;
 - anders niet duidelijk en begrijpelijk, wat een factor is bij de oneerlijkheidstoetsing
 - dan is een ‘kernbeding’ toetsbaar op oneerlijkheid

Ocidental: oneerlijkheidstoetsing (I)

- Gebrek aan transparantie een factor bij de oneerlijkheid, en geldt “*des te meer*” voor gebrek aan transparantie doordat de consument niet vóór sluiting van de overeenkomst kennis kon nemen van bedingen (punt 41)
- Goede trouw wordt voorop geplaatst “*Wat om te beginnen het vereiste van goede trouw betreft*” moet de rechter onder meer rekening houden met de min of meer sterke onderhandelingsposities (punt 43)
- “*Wat vervolgens de vraag betreft*” of een contractueel beding in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de contractpartijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument, moet de nationale rechter volgens vaste rechtspraak nagaan of de verkoper er, bij een “*eerlijke en billijke handelwijze*” jegens de consument, redelijkerwijs van kon uitgaan dat de consument dit beding zou hebben aanvaard indien er afzonderlijk over was onderhandeld (punt 45)

Ocidental: oneerlijkheidstoetsing (II)

- In dit verband vormt de omstandigheid dat de consument vóór de sluiting van de betrokken overeenkomst geen kennis heeft kunnen nemen van een contractueel beding “*een essentieel element*” bij de beoordeling van het eventuele oneerlijke karakter van dat beding
 - Want: de consument kan er daardoor toe worden gebracht om verplichtingen op zich te nemen die hij anders niet zou hebben aanvaard, en het evenwicht tussen de wederzijdse verplichtingen van de partijen bij die overeenkomst dus aanzienlijk kan worden verstoord (punt 47)

Ocidental: observaties (I)

- **Transparantie**
 - Toepassing van bestendige lijn van het HvJEU
 - Maar:
 - Nederlandse algemene voorwaarden regeling gaat ervan uit dat ‘kleine lettertjes’ vooraf niet worden gelezen en geen wilsovereenstemming over afzonderlijke bedingen nodig is
 - HR in *Airbnb* (NJ 2021/396): als beding (i.c. over bemiddelingskosten) onderdeel is van een concreet bod, dan is er over onderhandeld en valt het buiten het bereik van de oneerlijkheidstoetsing (Wissink: dat het onderdeel is van een ‘take it or leave it bod’ maakt dat niet anders) → juist het vooraf kennisnemen en in overweging nemen van bedingen, leidt tot niet-toepasselijkheid oneerlijkheidstoets

Ocidental: observaties (II)

- Intransparantie en oneerlijkheid in het algemeen?
- Intransparantie door niet tijdig kennis kunnen nemen relevant voor oneerlijkheid?
 - Kan dat maken dat toch sprake is van een aanzienlijke verstoring?
 - Te maken vergelijking met situatie zonder het beding
 - Kan dat leiden tot strijd met de goede trouw?
 - Te maken vergelijking met situatie waarin afzonderlijk over het beding zou zijn onderhandeld
- Dus: oneerlijkheidstoets lijkt te gaan over de inhoud, niet over moment van kennisneming
 - Maar: HvJEU “*des te meer*” een factor en “*essentieel element*” bij beoordeling
 - En: andere sanctionering denkbaar?

Ocidental: observaties (III)

- Kernbedingen (bij niet tijdige verstrekking polis) dus steeds toetsbaar op oneerlijkheid?
 - Artikel 7:932 lid 1 BW verstrekking van de polis “*zo spoedig mogelijk*”
- Verjaring?
- Verplichting tot ambtshalve toetsing?
- Verhouding tot andere richtlijnen met consumentenbescherming?

www.houthoff.com

AMSTERDAM / ROTTERDAM / BRUSSEL / LONDEN / NEW YORK

HORECA EST!

Erasmus