

Preventief toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden

AV&S 2021/9

In de praktijk lopen consumenten geregeld tegen onduidelijke en onbegrijpelijke polisvoorwaarden aan. Consumenten lezen hierdoor vaak de polisvoorwaarden niet, of begrijpen gewoonweg niet met welke voorwaarden zij akkoord gaan. Daardoor is het problematisch om een goed geïnformeerde beslissing te nemen om al dan niet de verzekering af te sluiten, en kunnen consumenten bovendien voor nare verrassingen komen te staan als ze de verzekeraar om vergoeding van een schade vragen. In dit artikel wordt bekeken hoe er – langs de bandbreedte van toezicht – tot duidelijker en begrijpelijker polisvoorwaarden kan worden gekomen.

1. Inleiding

In de praktijk doen zich voor consumenten geregeld problemen voor met betrekking tot de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden. Zo zijn de polisvoorwaarden van autoverzekeringen, overlijdensrisicoverzekeringen en reisverzekeringen vaak nog te moeilijk.² Consumenten lezen hierdoor vaak de polisvoorwaarden niet, of begrijpen gewoonweg niet met welke voorwaarden zij akkoord gaan.³ Hierdoor kunnen consumenten voor nare verrassingen komen te staan op het moment dat ze bijvoorbeeld de verzekeraar om vergoeding van een schade vragen. Immers, in de polisvoorwaarden wordt bepaald of en wanneer de verzekerde consument recht heeft op dekking.⁴

Het gebrek aan duidelijke en/of begrijpelijke polisvoorwaarden kan ook gezien worden als een maatschappelijk probleem. Consumenten kunnen pas een optimale beslissing nemen als zij volledige informatie tot hun beschikking

hebben.⁵ Als een consument door onbegrijpelijke en/of onduidelijke polisvoorwaarden het té moeilijk wordt gemaakt om een geïnformeerde beslissing te nemen, is sprake van een bepaalde mate van marktfalen.⁶ Dit komt bijvoorbeeld tot uiting als de claim van een verzekerde wordt afgewezen waar hij de verwachting had dat zijn claim uitgekeerd zou worden door de verzekeraar. Een verzekerde wordt hier geconfronteerd met een product dat niet adequaat zijn schade dekt, waar hij dit wel had verwacht.⁷ De afgelopen jaren zijn vanuit verzekeraars initiatieven gekomen om de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden te vergroten, onder andere door het in 2016 introduceren van de zogenoemde verzekeringskaarten.⁸ Op dit moment is geen informatie beschikbaar over de invloed van de verzekeringskaarten op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden. Wel kan gezegd worden dat de verzekeringskaarten er niet voor zorgen dat de polisvoorwaarden op zichzelf duidelijker en begrijpelijker worden geformuleerd. De consument wordt namelijk alleen geholpen polisvoorwaarden wat beter te kunnen begrijpen aan de hand van iconen.

In Europa is ervoor gekozen geen systeem van preventief toezicht op polisvoorwaarden toe te staan. In de Richtlijn Solvabiliteit II is preventief toezicht op polisvoorwaarden verboden.⁹ Het doel van het invoeren van dit verbod was het soepeler laten verlopen van de interne markt.¹⁰ Verzekeraars moesten de mogelijkheid krijgen om te concurreren op de voorwaarden waarop ze een verzekering afsloten.¹¹

Er is alle reden om het verbod op preventief toezicht te heroverwogen. In dat kader is het zinvol om een onderscheid

1 Mr. D.B. van Ark is advocaat te Rotterdam bij VanNiekercKieremans. De auteur dankt Willem van Boom en Emma Krikke voor hun commentaar op een eerdere versie. Citeerwijze: D.B. van Ark, 'Preventief toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden', *AV&S* 2021/9, afl. 2.

2 C.E. de Jager, *Consumentenbescherming door informatie? Een analyse van 30 jaar beleid voor korte precontractuele informatiedocumenten over complexe financiële producten in Europa, Engeland, Nederland en Duitsland*, Den Haag: *Bju* 2018, p. 15 en p. 150-152.

3 R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-gezet* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1991, p. 1; E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden. Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 303.

4 J.G.J. Rinkes, 'Polisvoorwaarden: boilerplate of pressure cooker? Pleidooi voor een nieuwe aanpak' in: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 75.

5 W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze markt-samenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 56; C.E. de Jager en C.M.D.S. Pavillon, 'Consumentenrecht. Consumentenbescherming door informatie', in: C.C.J.H. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: *Bju* 2020, p. 293; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 1-2; M.O. Thijsen, 'precontractuele informatieplichten bij de online consumentenovereenkomst: Een evaluatie van de sanctionering van artikel 6:227b lid 1 en artikel 6:230m lid 1 BW', *TvC* 2019/2, p. 71-72; L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 58-59.

6 Van Boom 2020, p. 56.

7 M.R. van Dam, 'Taalperikelen in verzekeringsland – Over de effecten van duidelijke(re) polisvoorwaarden op verzekerden', in: W.H. van Boom, M. van Kogelenberg & M.L. Tuil (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag: *Bju* 2012, p. 177.

8 Regeling Verzekeringskaarten 2018, <https://www.verzekerders.nl/media/5000/regeling-verzekeringskaarten-regeling-juni-2018.pdf>; R. Meijer, 'Gele kaart voor verzekeraars', *Website Consumentenbond* 3 februari 2017, <https://www.consumentenbond.nl/geldgids/geldgids-uitgelicht/bloggele-kaart-voor-verzekerders>, laatst geraadpleegd op 22 januari 2021.

9 Artikel 21, 152 en 181 Richtlijn 2009/138/EG.

10 §20 considerans Richtlijn 92/49/EG.

11 H. Cousy, 'Toegang tot autoverzekering in een competitieve omgeving', in: E. Brewaers e.a. (red.), *Verzekeringsrecht*, Antwerpen: Maklu 1998, p. 90.

te maken tussen voorafgaand toezicht op de inhoud van polisvoorwaarden en voorafgaand toezicht op de vorm van polisvoorwaarden. Voorafgaand toezicht op de inhoud van polisvoorwaarden zal verboden moeten blijven om aan het doel van het verbod te beantwoorden. Voorafgaand toezicht op de vorm van polisvoorwaarden zou echter niet verboden moeten zijn. Het verbod hierop is niet nodig gezien het doel van de regel, namelijk het bevorderen van de concurrentie. Verzekeraars kunnen de polisvoorwaarden elke gewenste inhoud geven, en deze toch duidelijk en begrijpelijk opstellen. Vorm en inhoud bijten elkaar hier niet.

Desondanks zal een systeem van preventief toezicht niet snel worden ingevoerd in Europa en Nederland. Om toch tot duidelijker en begrijpelijker polisvoorwaarden te komen, zijn er op Europees niveau een aantal maatregelen getroffen. Deze zijn geïmplementeerd in de Wft en de daarop gebaseerde regelgeving. Deze zullen hieronder besproken worden, waarbij tevens zal worden gekeken of er aanvullende maatregelen nodig zijn (par. 2). Aan de hand van rechtsvergelijking met het recht van de staat Delaware zal een blik worden geworpen op een systeem waarin wel is gekozen voor preventief toezicht (par. 3). Tot slot volgt een conclusie (par. 4).

2. Het huidige systeem

2.1 Inventarisatie van de toepasselijke regelgeving

De publiekrechtelijke regelgeving die relevant is voor de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden is te vinden in artikel 4:19 lid 2 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: "Wft") en de door de AFM opgestelde Beleidsregel Informatieverstrekking.¹²

Artikel 4:19 lid 2 Wft is (mede) van toepassing op polisvoorwaarden.¹³ In dit artikellid is het volgende bepaald: *'De door een financiële onderneming aan cliënten verstrekte of beschikbaar gestelde informatie, waaronder reclame-uitingen, ter zake van een financieel product, financiële dienst of nevendienst is correct, duidelijk en niet misleidend.'* Volgens deze regel moet ook de informatie in de polisvoorwaarden correct, duidelijk en niet misleidend zijn.

In de Beleidsregel Informatieverstrekking geeft de AFM aan wanneer volgens haar sprake is van duidelijke en begrijpelijke informatie. Om te bepalen of door de verzekeraar verstrekte informatie duidelijk is, kijkt de AFM of de *'(...) informatie eenvoudig inzicht geeft in de relevante kenmerken van het product (...).'*¹⁴

Als voorbeeld van niet duidelijke informatie met betrekking tot polisvoorwaarden noemt de AFM 'een en-bloc clause [die] is opgenomen in de voorwaarden die zo wordt

beschreven dat niet duidelijk is wat de clause inhoudt en in welke gevallen deze van toepassing is.'¹⁵

Bij het beoordelen van de begrijpelijkheid van de door de verzekeraar verstrekte informatie, let de AFM op een viertal punten.¹⁶ Het eerste punt is of *'de informatie zo weinig mogelijk moeilijke termen, waaronder juridisch jargon, bevat.'*¹⁷ Het tweede punt is of moeilijke begrippen op een eenvoudige manier worden uitgelegd. Ten derde vindt de AFM het relevant of de informatie zo simpel mogelijk wordt uitgelegd. Tot slot is voor de AFM van belang of de informatie zo expliciet mogelijk wordt weergegeven.

Daarnaast is er toegenomen aandacht voor transparantie.¹⁸ Sinds 1 januari 2013 is er een wettelijke basis voor toezicht door de AFM op het zogeheten Product Approval and Review Process (PARP).¹⁹ Op grond van artikel 32 Bgfo Wft moet een financiële onderneming als bedoeld in artikel 4:14 of 4:15 Wft die het bedrijf van verzekeraar uitoefent beschikken over adequate procedures en maatregelen die waarborgen dat bij de ontwikkeling van een financieel product op een evenwichtige wijze rekening wordt gehouden met de belangen van de consument, cliënt en begunstigde van het financieel product.²⁰ Het toezicht op het productontwikkelingsproces houdt volgens de AFM niet in dat verzekeringsproducten vooraf worden (goed)gekeurd.²¹

In artikel 32 Bgfo Wft is een open norm neergelegd. Om de norm verder in te vullen, heeft de AFM een nader toetsingskader ontwikkeld. Dit toetsingskader richt zich niet alleen op het proces op zichzelf, maar ook op het resultaat van dit proces.²² Dit zijn de zogenoemde KNVB-criteria.²³ Voor de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden is met name het laatste criterium, de begrijpelijkheid, van belang. Het gaat hierbij om de begrijpelijkheid vanuit het perspectief van de klant.²⁴ Dit vereiste ziet primair betrekking op de informatie die over het financieel product aan de beoogde doelgroep wordt verstrekt.²⁵ Goed denkbaar is dat informatie in polisvoorwaarden hier onder valt.

12 Artikel 4:19 lid 2 Wft (Stb. 2006, 475); Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

13 Zo valt af te leiden uit artikel 2.3 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

14 Artikel 2.2 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

15 Artikel 2.3 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

16 Artikel 2.2.2 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

17 Artikel 2.2.2 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (Stcrt. 2018, 72699).

18 C.W.M. Lieveer en M.M. van Asch, 'Distributie van verzekeringen, toezicht en handhaving door de AFM', in: S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Kluwer 2016, p. 221.

19 Het productgoedkeuringsproces heeft een Europese basis, zie Richtlijn 2016/97/EU, *PbEU* 2016, L 26/19 (art. 25 Richtlijn 2016/97/EU). Zie daarnaast uitgebreid over PARP onder de Wft: F.M.A. 't Hart, 'PARP voor schadeverzekeraars', *O&F* 2015/4, p. 61-82.

20 Verzekeraars vallen alleen onder de reikwijdte van art. 32 Bgfo Wft voor zover zij financiële producten aanbieden of samenstellen en in de markt verkrijgbaar stellen.

21 AFM, De belofte om het klantbelang centraal te stellen, De tussenstand, Amsterdam, 20 juni 2014, p. 6.

22 Lieveer en Van Asch 2016, p. 225.

23 Geïntroduceerd in: AFM, *Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zelfstandigen*, AFM wijst verzekeraars op gebreken arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, juni 2011.

24 Lieveer en Van Asch 2016, p. 226; 't Hart, *O&F* 2015/4, p. 72.

25 F.M.A. 't Hart, 'Productontwikkeling en distributie onder de IDD', *NTHR* 2018/1, p. 14.

2.2 **Op welke manier kan de AFM handhaven?**

De AFM heeft verschillende instrumenten voor de handhaving van de regelgeving in de Wft.²⁶ De aandacht wordt erop gevestigd dat deze handhavingsinstrumenten de AFM ook ter beschikking staan voor de handhaving van de privaatrechtelijke regelgeving op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc).²⁷ Het eerste handhavingsinstrument is de aanwijzing (1:75 Wft). Met het geven van een aanwijzing kan de AFM ervoor zorgen dat de verzekeraar binnen een bepaalde, door de AFM gestelde, termijn aan een door de AFM bepaalde gedragslijn gaat voldoen.²⁸ Door deze aanwijzing kan de verzekeraar gedwongen worden om de gebruikte polisvoorwaarden duidelijker en begrijpelijker op te stellen. Daarnaast kan de AFM gebruik maken van de last onder dwangsom (1:79 Wft). Doel van een last onder dwangsom is dat de (doorlopende) overtreding beëindigd wordt.²⁹ De last onder dwangsom is dan ook een herstelsanctie en geen bestraffende sanctie.³⁰ De AFM zou verzekeraars op deze manier nog sterker dan bij een enkele aanwijzing kunnen dwingen om duidelijke en begrijpelijke voorwaarden te hanteren. Het derde handhavingsinstrument dat de AFM tot haar beschikking heeft is de bestuurlijke boete (1:80 Wft). Vanuit economisch oogpunt ligt de bestuurlijke boete ten opzichte van de andere handhavingsinstrumenten het meest voor de hand.³¹ De bestuurlijke boete is goedkoop als het gaat om handhaving en levert ook nog eens geld op.³² Tot slot gebruikt de AFM ook het middel van een normoverdragend gesprek of de normoverdragende brief. Zo'n normoverdragend gesprek of normoverdragende brief is goed te plaatsen in het coöperatiemodel.³³ In dit model wordt de verzekeraar geleid in de richting van het gewenste gedrag, het hanteren van duidelijke en begrijpelijke voorwaarden.³⁴

De AFM geeft elk jaar aan op welke gebieden de focus van haar toezicht ligt. Dit doet zij in de door haar uitgegeven agenda's. In de agenda's van de jaren 2006 t/m 2020 is niet te zien dat de AFM prioriteit geeft aan het toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden.

In de agenda van de AFM voor 2007 wordt alleen het probleem opgemerkt dat informatie voor de consument nog

te veel feitelijk onjuist, niet begrijpelijk of misleidend is.³⁵ De AFM kiest ervoor om de marktpartijen te stimuleren om zelfregulerende gedragsnormen te implementeren.³⁶

Het lijkt niet waarschijnlijk dat de polisvoorwaarden in het toezicht van de AFM veel aandacht hebben gekregen. Ook in de Beleidsregel Informatieverstrekking was immers voor de polisvoorwaarden geen grote plaats ingeruimd.³⁷ De Beleidsregel Informatieverstrekking bestaat nog steeds en is voor het laatst bijgewerkt in 2018. De duidelijkheid en begrijpelijkheid van door de verzekeraar verstrekte informatie is dus niet helemaal uit het zicht van de AFM verdwenen.

2.3 **Effectiviteit toezicht AFM**

De aard van het toezicht dat de AFM uitoefent is repressief. De AFM heeft pas na het in gebruik nemen van de polisvoorwaarden door de verzekeraar de bevoegdheid om toezicht uit te oefenen. Bij repressief toezicht kan er een lange doorlooptijd zijn tussen het moment dat de polisvoorwaarden in gebruik komen en het moment dat er toezicht wordt uitgeoefend. De belangen van de consument worden in een stelsel van repressief toezicht minder goed beschermd. In de praktijk lijkt het er bovendien op dat het repressief toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden nauwelijks wordt uitgeoefend.

De AFM heeft veel vrijheid om te bepalen of zij wil handhaven en met welke handhavingsmiddelen zij dit wil doen.³⁸ Voor schendingen van de plicht om polisvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk op te stellen heeft de AFM in de praktijk ervoor gekozen om een normoverdragend gesprek aan te gaan of een normoverdragende brief te sturen aan de verzekeraar.³⁹ Voor de bescherming van de consumentenbelangen lijkt het toezicht door een normoverdragend gesprek of een normoverdragende brief minder effectief. De AFM heeft door de keuze voor normoverdragende gesprekken te voeren of normoverdragende brieven te sturen, vele rollen op zich genomen, behalve dan de rol van toezichthouder.⁴⁰ Het geeft verzekeraars de nodige vrijheid. Deze vrijheid zit hem in het feit dat de verzekeraar in overleg met de AFM tot een bepaalde consensus over polisvoorwaarden kan komen. Dit is een volkomen onzichtbaar proces en een onzichtbare uitkomst voor de consument. Als gekeken wordt naar de effectiviteit van het toezicht van de AFM, blijkt dat het voor de AFM als toezichthouder, net als voor andere publieke toezichthouders, moeilijk is om onduidelijke en/of

26 Lieveer en Van Asch 2016, p. 209.
 27 Zie artikel 3.1 jo. Bijlage A Whc. De AFM houdt toezicht op zowel afdeling 6.5.3 BW als op afdeling 6.3.3A BW.
 28 Zie artikel 1:75 Wft.
 29 Lieveer en Van Asch 2016, p. 210.
 30 Lieveer en Van Asch 2016, p. 210.
 31 M.G. Faure, 'Onbegrensd toezicht?', *JusVer* 2008/6.5, p. 89.
 32 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 89. Naast het analyseren van de handhavingsmiddelen vanuit een kosten-baten analyse, zouden de handhavingsmiddelen ook geanalyseerd kunnen worden door te kijken of de gegeven sanctie redelijk is of niet, zie hierover: A.M. Polinsky en S. Shavell, 'The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy', *American Law and Economics Review* 2000/2, p. 223-237.
 33 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 90.
 34 M.V.C. Aalders, 'Self-regulation and compliance with environmental law from a global perspective', in: A.W. Bedner en N.J.A.P.B. Niessen (red.), *Towards integrated environmental law in Indonesia?*, Leiden: Research School CNWS, School of Asian, African and Amerindian Studies 2003, p. 21.

35 AFM begroting 2007, p. 35.
 36 AFM begroting 2007, p. 35.
 37 Beleidsregel Informatieverstrekking 2018 (*Stcrt.* 2018, 72699).
 38 Zie ook: F. Weber, *The law and economics of enforcing European consumer law. A comparative analysis of package travel and misleading advertising*, Farnham: Ashgate Publishing Limited 2014, p. 59.
 39 Deze 'bevoegdheid' heeft echter geen wettelijke grondslag. Het gebruik maken van zulke bevoegdheden zonder wettelijke grondslag gebeurt in toenemende mate, zie F.M.A. 't Hart, 'Informeel handhaving', *FR* 2019/1/2, p. 12-24.
 40 Hier valt te denken aan de rol van adviseur, vraagbaak, vertrouwenspersoon of partner. Zie: J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (Oratie Groningen), Den Haag: *Bju* 2004, p. 43.

onbegrijpelijke polisvoorwaarden op te sporen.⁴¹ De AFM heeft maar een beperkt budget voor een groot aantal toezichtstaken.⁴²

Daarbij heeft de AFM maar een beperkt budget voor een groot aantal toezichtstaken.⁴³ Daarnaast maken toezichthouders niet altijd optimaal gebruik van hun opsporings- en handhavingsbevoegdheden.⁴⁴ De consument is dus afhankelijk van de actie die al dan niet door de AFM wordt ondernomen en van de opvolgende stappen die door de verzekeraar worden gezet.

De hoeveelheid regelgeving en de inhoud daarvan lijkt voldoende voor de AFM om effectief toezicht uit te oefenen.⁴⁵ Er zijn een aantal mogelijkheden te bedenken om binnen het bestaande systeem tot duidelijker en begrijpelijker polisvoorwaarden te komen.⁴⁶ Hiervan zullen er twee worden besproken. De eerste is om de effectiviteit van het toezicht dat door de AFM wordt uitgeoefend te vergroten. De tweede mogelijkheid is om de consumentenbond meer in het totstandkomingsproces van de polisvoorwaarden te betrekken.⁴⁷

De AFM zelf is dé aangewezen partij die ervoor kan zorgen dat haar eigen effectiviteit van het toezicht kan worden vergroot. Om te beginnen zal de AFM simpelweg meer aandacht moeten besteden aan het toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de polisvoorwaarden. Dit is makkelijker gezegd dan gedaan, nu de AFM geen oneindig budget heeft, maar wel een grote hoeveelheid toezichtstaken.⁴⁸ Om sneller tot meer effectiviteit te kunnen komen zou de AFM wel kunnen onderzoeken hoe zij optimaler van haar opsporings- en handhavingsbevoegdheden gebruik zou kunnen maken.⁴⁹ Een eerste stap hierin lijkt het afstappen van het normoverdragende gesprek dan wel de normoverdragende brief. De aanwijzing lijkt hiervoor in beginsel een mooi alternatief.

In potentie is het laten toetsen van de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden door een consumentenorganisatie een goede oplossing. Door hier gebruik van te maken, ontstaan zogenoemde 'tweezijdige polisvoorwaarden', dat wil zeggen polisvoorwaarden die in onderlinge overeenstemming tussen de verzekeraar en de

(vertegenwoordiger van) de consument tot stand zijn gekomen.⁵⁰ De vraag is echter of de consumentenbond of een andere consumentenorganisatie een dusdanig sterke positie heeft dat dit kan leiden tot evenwichtige, tweezijdige voorwaarden. Dit probleem speelt onder andere in Duitsland.⁵¹ In Nederland heeft de consumentenbond een sterkere positie, waardoor tweezijdige algemene voorwaarden een realistischere oplossing worden. De vraag is wel of de positie van de Nederlandse consumentenbond sterk genoeg is.⁵²

3. Preventief toezicht

In het voorgaande is gebleken dat het, met enkele aanpassingen, mogelijk is om binnen het bestaande systeem te komen tot duidelijker en begrijpelijker polisvoorwaarden. Mocht het verbod in de Richtlijn Solvabiliteit II worden geschrapt, is er ruimte voor een systeem van preventief toezicht. Hierbij kan gekeken worden naar de Verenigde Staten waar een systeem van preventief toezicht geldt.⁵³ De werking van het Amerikaanse stelsel zal besproken worden aan de hand van het recht van de staat Delaware.⁵⁴ Vervolgens zal de effectiviteit van dit toezicht worden besproken.

3.1 De werking van het systeem

In de staat Delaware bestaat een systeem van preventief toezicht op polisvoorwaarden, gecombineerd met de mogelijkheid van een rechterlijke procedure achteraf.⁵⁵ Op het moment dat een verzekeraar een set polisvoorwaarden wil gaan gebruiken, moet hij deze indienen bij de Commissioner.⁵⁶ De polisvoorwaarden worden vervolgens binnen 30 dagen door de Commissioner beoordeeld.⁵⁷ Mocht hij na deze termijn de voorwaarden niet hebben verworpen, dan worden de polisvoorwaarden geacht te zijn geaccepteerd.⁵⁸ In §2713 Insurance Code staan vijf gronden genoemd voor het verwerpen van polisvoorwaarden. De tweede weigeringsgrond gaat over de wijze waarop de polisvoorwaarde is geformuleerd. De Commissioner moet een set polisvoorwaarden verwerpen als het inconsistente, dubbelzinnige of misleidende bedingen bevat.⁵⁹ In *Davis v. State Farm Mutual Auto Insurance Co.* is dit herhaald en is bepaald dat de Commissioner een polisvoorwaarde moet verwerpen als deze niet duidelijk en begrijpelijk is opgesteld.⁶⁰ De Commissio-

41 I. Ayres en J. Braithwaite, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press 1992, p. 103.

42 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 86; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Austin: Wolters Kluwer Law & Business 2011, p. 634; C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, p. 48-49.

43 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 86; Posner 2011, p. 634; Hage 2017, p. 48-49.

44 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 86. Zie ook: W.H. van Boom, 'Financiële toezichtswetgeving en nietige overeenkomsten', *VrA* 2006/1, p. 19; Posner 2011, p. 635.

45 Zie hierover ook: M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten* (diss. Utrecht), Den Haag: *Bju* 2014, p. 222.

46 E. von Hippel, *Verbraucherschutz*, Tübingen: Mohr 1986, p. 127-136.

47 Hippel, von, 1986, p. 127-136.

48 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 86; Posner 2011, p. 634; Hage 2017, p. 48-49.

49 Faure, *JusVer* 2008/6.5, p. 86. Zie ook: Boom, van, *VrA* 2006/1, p. 19; Posner 2011, p. 635.

50 Zie uitgebreid over tweezijdige algemene voorwaarden: Hondius 1978, p. 276-293.

51 Jongeneel 1991, p. 14.

52 Jongeneel 1991, p. 15.

53 Het betreft hier 50 van de 52 Staten.

54 Hierbij merk ik op dat het beschreven systeem als dat in Delaware geldt, op enkele nuanceverschillen na, ook in de andere staten met een systeem van preventief toezicht geldt.

55 §2712 en 2713 Insurance Code (18 Del. C. §2712, 2713). Dit stelsel geldt ook in (bijna) alle andere staten van de Verenigde Staten. De staten Idaho, Missouri, New Hampshire en Utah hebben geen verplichting van voorafgaande goedkeuring.

56 §2712 Insurance Code (18 Del. C. §2712). Zie ook §3707 Insurance Code (18 Del. C. §3707).

57 §2712 Insurance Code (18 Del. C. §2712). Zie ook §3707 Insurance Code (18 Del. C. §3707).

58 §3707 Insurance Code (18 Del. C. §3707).

59 §2713 sub 2 Insurance Code (18 Del. C. §2713 sub 2).

60 *Davis v. State Farm Mutual Auto Insurance Co.*, 2011 WL 1379562 (Del. Super. 2011).

ner kan er ook voor kiezen een interpretatie of toelichting bij te voegen bij een polisbeding.⁶¹ Zo'n interpretatie heeft vervolgens gewicht in een rechterlijke procedure.⁶² In dit systeem van toezicht fungeert de rechter als noodrem.

De onderzochte rechtspraak van de staat Delaware laat een eenduidig beeld zien van de zaken die voorkomen. In nagenoeg alle gevallen gaat het om geschillen waarin een partij het niet eens is met de toepassing van de (overigens duidelijke dan wel door de Commissioner verduidelijkte) polisvoorwaarden in het concrete geval.⁶³ Het feit dat de Commissioner een polisvoorwaarde heeft geaccepteerd, of niet heeft verworpen, heeft gevolgen voor de beoordeling van het in het geding zijnde beding. Gevolg van het systeem van preventief toezicht is in Delaware dat de partij die stelt dat een polisvoorwaarde onduidelijk en/of onbegrijpelijk is, met een zwaardere bewijslast wordt geconfronteerd. Immers, het polisbeding heeft al een eerdere toets door de Commissioner doorstaan.

3.2 De effectiviteit

De Commissioner heeft een tweetal bevoegdheden. De eerste bevoegdheid is het verwerpen van polisvoorwaarden met onduidelijke en/of onbegrijpelijke bedingen.⁶⁴ Daarnaast kan de Commissioner een zienswijze over de uitleg van het onduidelijke en/of onbegrijpelijke beding aan de polisvoorwaarden toevoegen. De Commissioner heeft geen rol in de handhaving achteraf, deze taak is overgelaten aan de rechter. De bevoegdheid om polisvoorwaarden te kunnen verwerpen en de bevoegdheid om een toelichting bij de polisvoorwaarden op te nemen zijn beide sterke middelen om te sturen op duidelijke en begrijpelijke polisvoorwaarden. Het moment waarop de Commissioner toezicht uitoefent, is voorafgaand aan het in gebruik nemen van de polisvoorwaarden door de verzekeraar. Hierdoor is sprake van een zeef die voorkomt dat onduidelijke en/of onbegrijpelijke polisvoorwaarden in omloop worden gebracht.

4. Conclusie

Er bestaat behoorlijk wat regelgeving om te komen tot duidelijker en begrijpelijker polisvoorwaarden. De AFM heeft een aantal bevoegdheden gekregen om deze regelgeving te handhaven. Gebleken is dat de AFM met name gebruik maakt van het normoverdragende gesprek of de normoverdragende brief. Daarnaast is sprake van toetsing achteraf, hetgeen minder effectief is wat betreft de handhaving.

Een stelsel van preventief toezicht als geldt in Delaware kent een toetsing vooraf en de toezichthouder heeft sterkere bevoegdheden. De bespreking van het Amerikaanse stelsel laat zien dat een stelsel waarin wel is gekozen voor preventief toezicht op dit moment effectiever is dan het stelsel in Nederland. Dezelfde mate van effectiviteit kan in Nederland bereikt worden door de effectiviteit van het toezicht van de AFM te vergroten.

61 *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Krongold*, 318 A.2d 609, 609 (Del. Supr. 1974).

62 *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Krongold*, 318 A.2d 609, 609 (Del. Supr. 1974).

63 *Katopothis v. Windsor-Mount Joy Mutual Insurance Co.*, 897 F.3d 291, 16-7132 (D.C. Cir. 2018); *Davis v. State Farm Mutual Auto Insurance Co.*, 2011 WL 1379562 (Del. Super., 2011); *Katopothis v. Windsor-Mount Joy Mutual Insurance Co.*, 905 F.3d 661, 16-7132 (D.C. Cir. 2018); *Hercules Inc. v. AIU Insurance Co.*, 784 A.2d 481, 193, 2000 (Del. Supr. 2001); *O'Hanlon v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 439 F.Supp. 377, 76-59 (D. Del. 1977).

64 Zie §2712 Insurance Code (18 Del. C. §2712). Zie ook §3707 Insurance Code (18 Del. C. §3707).