



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Transparantievereiste versus contra-proferentem-regeling: De worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten

Loos, M.B.M.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2020). Transparantievereiste versus contra-proferentem-regeling: De worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2020(1), 6-11.
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/206534/1001464461>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Transparantievereiste versus contra-proferentem-regeling: de worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten

In het arrest *Consultant/Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen* gaat de Hoge Raad niet alleen in op de begrippen ‘consument’ en ‘kernbeding’, maar ook de toepassing van de contra proferentem-regel in art. 6:238 lid 2 BW. Aan het in die bepaling ook opgenomen transparantievereiste besteedt de Hoge Raad echter geen aandacht. In deze bespreking van het arrest worden niet alleen de beide begrippen besproken, maar wordt daarnaast kritisch ingegaan op de verhouding tussen de contra proferentem-regel en het transparantievereiste.

1. Inleiding¹

In het arrest *Consultant/Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen*,² gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Den Haag,³ zijn in essentie drie vragen aan de orde. In de eerste plaats: is een zelfstandige (in deze zaak een consultant) die een arbeidsongeschiktheidsverzekering sluit, voor de toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen aan te merken als ‘consument’? En zo ja: is een beding in de polisvoorwaarden oneerlijk (onredelijk bezwarend) als op grond van dat beding de mate van arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld door deskundigen die door de verzekeraar zijn aangewezen en als de verzekerde geacht wordt de vaststelling van de verzekeraar te hebben aanvaard als niet binnen 30 dagen bezwaar is gemaakt? Of is een dergelijk beding een kernbeding en als zodanig onttrokken aan de inhoudstoetsing, voor zover het althans in duidelijke en begrijpelijke taal is gesteld? De onderliggende, niet met zoveel woorden geadresseerde, vraag betreft echter vooral de verhouding tussen de in art. 6:238 lid 2 BW opgenomen *contra-proferentem*-regel en het in hetzelfde artikellid opgenomen transparantievereiste. Welke van deze twee bepalingen heeft nu eigenlijk voorrang? In deze bijdrage ga ik eerst in op de kwalificatie van de consultant als consument of professionele wederpartij (§ 2). Vervolgens bespreek ik de vraag of een beding tot bepaling van de wijze waarop de arbeidsongeschiktheid in een arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt vastgesteld, een kernbeding is (§ 3). In § 4 ga ik in op de verhouding tussen de in art. 6:233 sub a BW neergelegde norm voor de inhoudstoetsing, het transparantievereiste en de *contra-proferentem*-uitleg. Ik sluit af met enkele procedurele opmerkingen (§ 5).

2. Consument of professionele wederpartij

De vraag of zelfstandigen die een arbeidsongeschiktheidsverzekering sluiten ter dekking van het risico van eigen ziekte of ongeval als consument moeten worden aangemerkt, is de laatste jaren vaker aan de rechter voorgelegd.⁴ Het gaat hierbij steeds om de vraag of een dergelijke zelfstandige *in de uitoefening van zijn bedrijf* handelt bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, die immers dekking biedt voor het wegvallen van inkomsten uit de onderneming, maar dient om in een dergelijk geval aan de verzekerde een inkomen voor de kosten van levensonderhoud te verschaffen. Complicerende factor daarbij is dat in veel gevallen de premie voor de verzekering wordt betaald door de rechtspersoon waarbinnen de onderneming van de zelfstandige wordt uitgevoerd.⁵

De Hoge Raad is duidelijk en vrij kort ten aanzien van deze vraag: de verzekering maakt geen deel uit van de beroeps- of bedrijfsactiviteit van de zelfstandige en wordt ook niet ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsactiviteit afgesloten. Zij is daarentegen juist bedoeld voor het geval de beroeps- of bedrijfsactiviteit niet langer kan worden uitgevoerd en dient dan te zorgen voor een alternatieve manier voor de (ex-)ondernemer om in de kosten voor zijn levensonderhoud te voorzien. Dat maakt dat de verzekering is aangegaan voor doeleinden die *buiten* het beroep of bedrijf van de zelfstandige zijn gelegen. Daarbij is volgens de Hoge Raad niet van belang of zijn verplichting om als verzekeringnemer premie te betalen, feitelijk door een derde (de rechtspersoon waarin hij zijn onderneming uitvoerde) wordt nagekomen. Dat laatste is op zich terecht, aangezien volgens art. 6:30 BW een verbintenis niet door de schuldenaar zelf behoeft te worden

* Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam

1. Dit artikel is de afscheidsbijdrage van de auteur als redacteur van dit tijdschrift.
 2. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *RvdW* 2018/1088 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*).
 3. Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2733 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*).
 4. In eerdere zaken ging het onder meer om een wijnkoper/slijter en om een advocaat, zie Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 (*Wijnkoper-slijter/Achmea I*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941 (*Wijnkoper-slijter/Achmea II*); Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736 (*X/TAF B.V.*).
 5. Zie hierover eerder in dit tijdschrift M.Y. Schaub, ‘Wie is consument?’, *TvC* 2017, afl. 1, p. 30-40.

nagekomen, maar in beginsel ook door een derde kan worden verricht.

De Hoge Raad had hier ook een andere redenering, met een andere uitkomst, kunnen volgen – zeker in het geval waarin de verzekeringspremie door de rechtspersoon wordt betaald: de verzekering wordt aangegaan met het oog op het zekerstellen van inkomen ter vervanging van het inkomen uit de beroeps- of bedrijfsactiviteiten. Dat impliceert een directe relatie tussen de bedrijfs- of beroepsmatige activiteiten van de zelfstandige. De indruk dat het bedrijfsmatige karakter van de verzekeringsovereenkomst vooropstaat wordt nog eens bevestigd door het feit dat de verzekeringspremie wordt betaald door de rechtspersoon waarbinnen de beroeps- of bedrijfsactiviteiten worden uitgevoerd – welke premie vervolgens als bedrijfskosten kan worden afgetrokken van de winst voor vennootschapsbelasting. Zo geredeneerd zou de uitkomst zijn dat de zelfstandige *niet* als consument wordt aangemerkt. Een dergelijke benadering lijkt ook verenigbaar met het Europese recht.⁶ In het arrest *Karel de Grote-Hogeschool* overwoog het Hof van Justitie expliciet dat het tegenover het begrip ‘consument’ staande begrip ‘verkoper’ in de Richtlijn oneerlijke bedingen ‘een functioneel begrip [is] waarvoor moet worden nagegaan of de contractuele verhouding deel uitmaakt van de activiteiten die een persoon beroepsmatig verricht’.⁷ In *Kamenova* oordeelde het Hof op dezelfde wijze over de uitleg van het begrip ‘handelaar’, dat zowel in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken als in de Richtlijn consumentenrechten wordt gebruikt om een professionele partij aan te duiden.⁸ Een kwalificatie als niet-consument zou meebrengen dat de tweede hoofdvraag, of het beding onredelijk bezwarend is, in een ander licht komt te staan. In de eerste plaats behoeft een beding in een handelsovereenkomst niet ambtshalve te worden getoetst.⁹ Bovendien zijn ook de zwarte en grijze lijst van art. 6:236 en 237 BW niet (rechtstreeks) van toepassing. Wel bestaat de mogelijkheid van reflexwerking. De vraag is dan echter in hoeverre een arbeidsongeschiktheidsverzekering een type overeenkomst is dat naar zijn aard ook door consumenten wordt gesloten – de meeste consumenten zullen in loondienst zijn, als zodanig worden beschermd door de sociale verzekeringswetgeving, en veelal niet zelf een arbeidsongeschiktheidsverzekering aangaan. In dergelijke gevallen

ligt reflexwerking minder voor de hand.¹⁰ Dat geeft ook aan dat als de Hoge Raad hier anders had geoordeeld, de zelfstandige die een arbeidsongeschiktheidsverzekering aangaat substantieel minder bescherming zou krijgen dan nu hij als consument wordt aangemerkt. Met zijn oordeel dat de zelfstandige bij het aangaan van een arbeidsongeschiktheidsverzekering wél als consument handelt, neemt de Hoge Raad een van de vele scherpe randjes weg van de maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij een steeds groter deel van de beroepsbevolking (al dan niet gedwongen) niet in loondienst maar als zzp’er werkt en daardoor minder bescherming ondervindt dan een werknemer.¹¹

3. Kernbeding

De derde genoemde hoofdvraag betreft de vraag of het betwiste beding in de polisvoorwaarden een kernbeding in de zin van art. 6:231 sub a BW is dat om die reden niet aan de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW is onderworpen. Volgens vaste rechtspraak dient het begrip ‘kernbeding’ restrictief te worden geïnterpreteerd. Het begrip zal veelal samenvallen met de essentialia van de overeenkomst: wanneer over een dergelijk beding geen overeenstemming bestaat, zal de overeenkomst wegens onvoldoende bepaalbaarheid van de belangrijkste verbintenissen niet tot stand kunnen komen.¹² Vernietiging van een kernbeding zal dan ook al snel leiden tot vernietiging van de gehele overeenkomst, omdat de overeenkomst zonder dat essentiële beding niet in stand zal kunnen blijven. Dat is alleen anders indien het kernbeding vervangen zou kunnen worden door een bepaling op grond van het aanvullend recht, omdat in een dergelijk geval de regels van nationaal recht een objectieve maatstaf meebrengen voor de vaststelling van de vervangende regel.¹³ Als in een dergelijk geval het beding niet door het aanvullend recht zou mogen worden vervangen en de rechter daardoor gedwongen zou worden om de gehele overeenkomst nietig te verklaren, zou vooral de consument feitelijk de negatieve gevolgen ondervinden van de nietigheid van het beding. In een dergelijk geval is vervanging van het oneerlijke beding door het aanvullend recht wél toegestaan.¹⁴ Hiervan kan sprake zijn bij een beding dat dient ter vaststelling van de hoogte van de prijs indien de wet

6. Zie over de begrippen ‘verkoper’ en ‘handelaar’ in het Europese consumentenrecht eerder in dit tijdschrift: M.Y. Schaub, ‘Wie is handelaar’, *TvC* 2019, afl. 1, p. 5-13.

7. HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:NL:EU:C:2018:320, r.o. 15 (*Karel de Grote-Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

8. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, r.o. 35 (*Kamenova*).

9. Zie Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477, *NJ* 2017/321 (*J.L. Broeren Beheer B.V./Staat der Nederlanden*), welke uitspraak door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 Wet RO in stand is gelaten, zie HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559 (*J.L. Broeren Beheer B.V./Staat der Nederlanden*). In deze zin ook C. Mak, Artikel 6:233 BW – Hoe de doorwerking van Europees consumentenrecht tornt aan het systeem van het Nederlandse privaatrecht, in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017, p. 259. Anders: Rb. Limburg (ktr., zittingsplaats Roermond) 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12116 (*B.V. Intrak/X*).

10. Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018 (3e druk), nr. 401-404; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Kluwer 2016 (4e druk), nr. 32.

11. Dorhout Mees merkt in zijn redactionele bespreking van het arrest op dat het voor de hand ligt dat de Hoge Raad ook de consumentenrechtelijke bepalingen uit het verzekeringsrecht van toepassing acht op de gesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering, zie T.J. Dorhout Mees, ‘Nog net geen oneerlijk beding’, *AV&S* 2019/1, p. 2.

12. De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, *NJ* 2004/567, m.nt. Jac. Hijma (*Erven Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide I*).

13. Zie HvJ EU 14 maart 2019, C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207, r.o. 51 (*Dunai*).

14. HvJ EU 26 maart 2019, gevoegde zaken C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, r.o. 57-58 (*Abanca Corporación Bancaria/Salamanca Santos en Bankia/Lau Mendoza en Rodríguez Ramírez*). Door Pavillon wordt dit in haar nog te verschijnen annotatie in de *NJ* bij dit arrest de ‘Kásler-exceptie’ genoemd.

erin voorziet dat dan een redelijke of een op gebruikelijke wijze berekende prijs verschuldigd is.¹⁵

In de literatuur en rechtspraak bestaat veel discussie over de vraag of bedingen in verzekeringsovereenkomsten als algemene voorwaarden dan wel als kernbedingen moeten worden aangemerkt. In de parlementaire geschiedenis wordt ervan uitgegaan dat alle polisbedingen die samen de omvang van de dekking bepalen, als kernbedingen moeten worden aangemerkt.¹⁶ Daarvan is sprake wanneer de inhoud van het beding de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt.¹⁷ Het enkele feit dat een beding op *enigerlei wijze* van invloed kan zijn op de omvang van de premie, maakt echter niet dat daarmee sprake is van een kernbeding. In het onderhavige arrest gaat het om een beding in een verzekeringspolis dat betrekking heeft op de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de overeenkomst. Bij een dergelijk beding worden het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar niet duidelijk omschreven of afgebakend. Bovendien kan niet worden gezegd dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, onvoldoende bepaalbaar zouden zijn indien het beding geen deel van de overeenkomst zou uitmaken, aangezien de mate van arbeidsongeschiktheid dan overeenkomstig het aanvullend recht zou kunnen worden bepaald. Dat betekent dat het bestreden beding niet als een kernbeding kan worden aangemerkt, aldus terecht de Hoge Raad.

4. Onredelijk bezwarendheid, contra-proferentem-uitleg en transparantievereiste

De belangrijkste vraag is uiteindelijk of het polisbeding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 sub a BW. De Hoge Raad stelt in dit verband voorop dat het beding voorafgaande aan deze toetsing moet worden uitgelegd¹⁸ en dat daarbij de *contra-proferentem*-regel van art. 6:238 lid 2 BW moet worden toegepast.¹⁹ Daar lijkt op het eerste gezicht veel voor te zeggen: alleen wanneer duidelijk is wat het beding beoogt te regelen, kan worden beoordeeld of het leidt tot een significante verslechtering van de contractuele rechten en verplichtin-

gen van de consument. Aan de andere kant kan juist het feit dat het beding onduidelijk of voor meerderlei uitleg vatbaar is, meebrengen dat het als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt. In een dergelijk geval kan de consument immers de economische gevolgen van het beding op het moment van de contractsluiting niet overzien en kan hij dus niet tot een geïnformeerde beslissing komen over de wenselijkheid van het sluiten van de overeenkomst onder de door de handelaar aangeboden voorwaarden.²⁰ De schending van het – bij ons eveneens in art. 6:238 lid 2 BW neergelegde – transparantievereiste wordt door het Hof van Justitie dan ook als een van de elementen aangemerkt die dienen te worden meegewogen bij de toetsing of een beding onredelijk bezwarend is.²¹ In zijn recente arrest *Profi Credit Polska II* stelt het Hof zelfs dat de duidelijkheid en begrijpelijkheid ‘van doorslaggevend belang’ zijn bij deze inhoudstoetsing.²² Van een *automatische* koppeling wil de Hoge Raad echter niet weten, zo blijkt uit het nadien gewezen *Euribor*-arrest.²³ Daar valt op zich ook wel iets voor te zeggen: het lijkt moeilijk te verdedigen dat *elke* onduidelijkheid zou moeten leiden tot nietigheid van een beding. Advocaat-generaal Wissink merkt in zijn conclusie voor het *Euribor*-arrest in dit verband terecht op dat de mate of het opzicht waarin een beding onvoldoende transparant is, relevant lijkt voor de beoordeling van het gewicht van het transparantiegebrek bij de oneerlijkheidstoets.²⁴

De verschillende benaderingen suggereren wel dat de volgorde – eerst (*contra-proferentem*-)uitleg, daarna inhoudstoetsing, of andersom – bepalend kan zijn voor het antwoord op de vraag of het beding onredelijk bezwarend is: wanneer het beding eerst op de voor de consument meest gunstige wijze wordt uitgelegd, zal dat beding in de gekozen uitleg mogelijk aanvaardbaar zijn en kunnen worden toegepast. Als daarentegen direct aan art. 6:233 sub a BW wordt getoetst, dan zal het feit dat het beding redelijkerwijs op twee verschillende wijzen kan worden uitgelegd leiden tot de constatering dat de consument niet (op eenvoudige wijze) kan beoordelen welke economische gevolgen het beding heeft. Die onduidelijkheid betekent dat het transparantievereiste is geschonden, en zal dan moeten worden meegewogen bij de inhoudstoet-

15. Zie bijv. art. 7:4 (koop) en art. 7:405 BW (opdracht).

16. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1571.

17. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, r.o. 34-35 (*Van Hove*); HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (*Winterthur/Jansen*); Hof Arnhem 28 augustus 2007, ECLI:GHARN:2007:BB4389 (*X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.*); Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9625 (*X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Leeuwarden) 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, NJ 2013/312 (*X/Onderlinge Univé Dichtbij U.A.*). In deze zin ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/179.

18. Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, RvdW 2018/1088 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.7.1.

19. Idem, r.o. 3.7.5.

20. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 74, NJ 2014/355 (*Kásler*); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, r.o. 73-74 (*Matei*); HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, r.o. 41 (*Van Hove*); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 47 en 48, NJ 2018/248 (*Andriuc*); HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, r.o. 73 (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*); HvJ EU 14 maart 2019, C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207, r.o. 48 (*Dunai*); HvJ EU 5 juni 2019, C-38/17, ECLI:EU:C:2019:461, r.o. 32 (*GT/HS*).

21. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, r.o. 68 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU*); HvJ EU 3 oktober 2019, C-621/17, ECLI:EU:C:2019:820, r.o. 49 (*Kiss/CIB*). Zie ook A-G M.H. Wissink in zijn conclusie van 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346, punt 4.19 (*ABN AMRO/SDB en Euribar*).

22. Zie HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-419/18 en 483/18, ECLI:EU:C:2019:930, r.o. 58 (*Profi Credit Polska II*).

23. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 5.2.2 (*ABN Amro/Stichting SDB en Stichting Euribar*). In deze zin ook HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, r.o. 2.6.4 (*Stichting Intermaris/X*).

24. Zie A-G M.H. Wissink in zijn conclusie van 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346, punt 4.18 (*ABN AMRO/SDB en Euribar*). In deze zin ook A-G W.L. Valk in zijn conclusie van 12 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:769, punt 3.13 (*Stichting Intermaris*).

sing. Dat kan meebrengen dat het beding als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt en wordt vernietigd. Wanneer het beding niet onredelijk bezwarend wordt geoordeeld, vindt alsnog uitleg *contra proferentem* plaats.²⁵

In zijn antwoord op de prejudiciële vraag lijkt de Hoge Raad er dus van uit te gaan dat de uitleg van het beding aan de inhoudstoetsing vooraf dient te gaan. Met toepassing van de *contra-proferentem*-regel wordt het beding vervolgens in een voor de consument zo gunstig mogelijke zin uitgelegd. *Aldus* opgevat leidde het beding niet tot een *aanzienlijke* verstoring van het contractuele evenwicht, zodat het niet oneerlijk (in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn) of onredelijk bezwarend (in de zin van art. 6:233 sub a BW) was.²⁶ Opvallend is dat de Hoge Raad wel expliciet aangeeft dat de ‘tekst van het beding (...) geen uitsluitel [geeft] over de betekenis ervan’ en dat ‘niet duidelijk [is] wat de strekking is van de aan het slot vermelde bezwaartermijn, respectievelijk de veronderstelde acceptatie bij het ongebruikt laten verstrijken daarvan. Als geheel gelezen roept het beding daarmee de vraag op of de verzekeringnemer nog een mogelijkheid heeft om de beoordeling van zijn claim door de verzekeraar te bestrijden indien hij de termijn van 30 dagen niet heeft benut.’²⁷ Deze overweging duidt erop dat de Hoge Raad wel van oordeel is dat het beding onduidelijk is, maar dat de onduidelijkheid kan worden weggenomen door het beding *contra proferentem* uit te leggen. De schending van het transparantievereiste wordt in deze benadering dus gesanctioneerd door toepassing van de *contra-proferentem*-regel en niet door deze een rol te laten spelen in de inhoudstoetsing.

De benadering van de Hoge Raad is des te meer opvallend omdat de door hem gevolgde uitleg niet aansloot bij de uitleg die de consultant als verzekeringnemer aan het beding gaf, maar bij de uitleg van de verzekeraar. Dat duidt erop dat toepassing van de *contra-proferentem*-regel niet noodzakelijkerwijs in het belang van de consument is: bij toepassing van die regel wordt het beding op de wijze uitgelegd die het minst bezwaarlijk is voor de consument, en *aldus opgevat* is het wel bezwarend (ongunstig) voor de consument, maar niet *onredelijk* bezwarend. Bij deze benadering blijft het gegeven echter onderbelicht dat het beding redelijkerwijs op twee manieren kon worden uitgelegd en dat het dus voor de consument op het moment van de contractsluiting (minst genomen) niet eenvoudig was te beoordelen welke economische gevolgen uit het beding zouden voortvloeien. In Duitsland oordeelt het Bundesgerichtshof daarom in vaste rechtspraak dat in eerste instantie de meest klantvriendelijk

mogelijke uitleg (‘kundenfeindlichsten Auslegung’) gewenst is. Dat betekent dat het beding in het voordeel van de *gebruiker* wordt uitgelegd. Het aldus opgevatte beding wordt getoetst aan de open norm. Indien het beding bij een dergelijke uitleg de inhoudstoetsing zou overleven, is het geldig. Op dat moment wordt dan echter *alsnog* de *contra-proferentem*-regel toegepast.²⁸ Waelkens betoogt dat dit ook op basis van de Richtlijn oneerlijke bedingen de juiste toepassing van de *contra-proferentem*-regel is.²⁹

Zou de hierboven verdedigde benadering in dit concrete geval nu ook tot een andere uitkomst hebben geleid? Het antwoord op die vraag vereist een bespreking van het bewuste beding. Het beding luidt als volgt:

‘Artikel 14 Vaststelling van de uitkering
Zolang verzekerde arbeidsongeschikt is, zullen de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, worden vastgesteld door de maatschappij aan de hand van gegevens van door de maatschappij aan te wijzen medische en andere deskundigen. Van deze vaststelling zal telkens zo spoedig mogelijk na ontvangst daarvan aan verzekeringnemer mededeling worden gedaan. Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn bezwaar heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden.’

Volgens de verzekeraar brengt toepassing van het beding niet een (eenzijdige) vaststelling tot stand, maar slechts ‘een standpuntbepaling’. Bovendien zou de bezwaartermijn niet moeten worden gezien als een vervaltermijn, maar betekent overschrijding ervan slechts dat de verzekerde de bewijslast krijgt aan te tonen dat het standpunt van de verzekeraar ter zake van de mate van arbeidsongeschiktheid onjuist is.³⁰ De consultant stelt echter dat het ‘standpunt’ van de verzekeraar na het verstrijken van de termijn ‘van kleur verschiet’ en als vaststelling heeft te gelden waarmee de verzekerde wordt geacht te hebben ingestemd.

Zoals de Hoge Raad vaststelt, volgt uit de tekst en de strekking van het beding niet welke uitleg de juiste is. De Hoge Raad overweegt in dit verband uitdrukkelijk dat als geheel gelezen het beding de vraag oproept of de verzekeringnemer nog een mogelijkheid heeft om de beoordeling van zijn claim door de verzekeraar te bestrijden indien hij de termijn van 30 dagen niet heeft benut.³¹ Hieruit volgt zonder meer dat het transparantievereiste is geschonden. De *enkele* schending van dit vereiste leidt niet tot het oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is, maar er is hier meer aan de hand. Duidelijk is dat de

25. In theorie is ook een middenweg mogelijk door het beding eerst *contra proferentem* uit te leggen, maar de onduidelijkheid van het beding wel mee te laten wegen bij de inhoudstoetsing. Deze middenweg wordt hier verder niet besproken.

26. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *RvdW* 2018/1088 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.8.1-3.8.7.

27. Idem, r.o. 3.7.4.

28. In deze zin onder meer BGH 26 oktober 2005, VIII ZR 48/05, *BGHZ* 165, 12, *NJW* 2006, 996; BGH 29 april 2008, KZR 2/07, *BGHZ* 176, 244, *NJW* 2008, 2172; BGH 20 juli 2017, VII ZR 259/16, *NJW* 2017, 2762.

29. J. Waelkens, ‘Article 5 Unfair Terms Directive 93/13/EEC: transparency and interpretation in consumer contracts’, in: M.B.M. Loos & I. Samoy (red.), *Information and notification duties*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2015, p. 68.

30. Het is mijns inziens zeer de vraag of ‘de gemiddelde consument’ (laat staan een normale consument) het bericht van de verzekeraar zo zou opvatten. Ik laat dat hier verder echter rusten.

31. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *RvdW* 2018/1088 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.7.4.

verzekerde geen invloed heeft op de aanwijzing van de deskundigen. Dat brengt mee dat de verzekeraar het in zijn macht heeft om personen aan te wijzen die in meerdere of mindere mate van de verzekeraar afhankelijk zijn – hetzij omdat zij in dienst van de verzekeraar zijn, hetzij omdat zij regelmatig dergelijke opdrachten ten behoeve van de verzekeraar uitvoeren en dat ook in de toekomst zullen willen blijven doen. In het beding wordt voorts niet aangegeven welke inhoudelijke waarborgen gelden voor de kwaliteit van de deskundigen. De zin over de bezwaartermijn lijkt bovendien te impliceren dat het de consument na afloop van de termijn niet langer vrijstaat om bewijs te leveren dat de vaststelling onjuist was. Het ligt immers niet voor de hand om de woorden ‘wordt hij *geacht* het standpunt van de maatschappij te aanvaarden’ (mijn cursivering – MBML) anders op te vatten. Dat zou echter betekenen dat het beding in strijd is met het in art. 6:236 sub k BW, of in ieder geval sterk lijkt op een door die bepaling verboden beding. Directe inhoudelijke toetsing van het beding lijkt dan ook mee te brengen dat het beding onredelijk bezwarend zou zijn geoordeeld. Dat bevestigt het vermoeden dat de beide benaderingen tot verschillende uitkomsten kunnen leiden.³²

5. Slot

Ik sluit af met twee procedurele aspecten. Pavillon stelde in 2017 dat de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad in feite heeft geleid tot een nieuwe collectieveactieprocedure. Bij de prejudiciële procedure wordt tot op zekere hoogte geabstraheerd van de feiten in de onderliggende procedure, omdat het antwoord op de gestelde vraag toepasbaar moet zijn in de vele zaken waarin deze vraag en de daaraan ten grondslag liggende feiten zich voordoen. Volgens haar leidt het oordeel dat een beding in een dergelijke procedure als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, er *de facto* echter toe dat het beding op de zwarte lijst wordt geplaatst, zodat de feitenrechter daaraan gebonden zou zijn en er geen ruimte meer is voor het in beschouwing nemen van de omstandigheden van het geval.³³ Als haar stelling dat de prejudiciële procedure in feite een collectieveactieprocedure is (geworden), juist is, rijst echter de vraag of de Hoge Raad de *contra-proferentem*-regel überhaupt wel had mogen toepassen: in de collectieveactieprocedure van art. 6:240 lid 1 BW is de *contra-proferentem*-regel niet van toepassing. Datzelfde geldt volgens art. 5 en 7 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen voor procedures waarbij (onder meer) consumentenorganisaties ‘overeenkomstig het nationale recht een beroep

kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn’. Deze formulering duidt erop dat de uitschakeling van de *contra-proferentem*-regel niet beperkt is tot de abstracte procedure van art. 6:240 lid 1 BW, maar ook geldt in ‘individuele’ procedures waarbij een consumentenorganisatie optreedt tegen het gebruik van, volgens haar, oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten. Dat lijkt in ieder geval te betekenen dat de uitschakeling ook geldt voor op de voet van art. 3:305a BW gevoerde procedures. De stap naar het uitschakelen van de *contra-proferentem*-regel in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad is dan nog maar een kleine. Die stap is ook om een andere reden goed te verdedigen. Wanneer de Hoge Raad het beding *in abstracto* niet als onredelijk bezwarend aanmerkt, is het aan de feitenrechter om vast te stellen hoe het beding *in dit geval* moet worden uitgelegd. Aangezien de uitleg van een overeenkomst aan de feitenrechter is voorbehouden, is zijn uitleg in cassatie niet aantastbaar, tenzij het oordeel niet goed is gemotiveerd. Dat brengt echter mee dat het aan de feitenrechter om te oordelen of de *contra-proferentem*-regel ook in dit concrete geval dient te worden toegepast. Zolang de feitenrechter dat goed motiveert, is dat een feitelijk oordeel waar de Hoge Raad niet meer aan zal komen indien in de individuele procedure cassatie zou worden aangetekend. Dat brengt de Hoge Raad wel in een moeilijke positie, terwijl hij dat eenvoudig kan voorkomen door de prejudiciële procedure inderdaad als een soort collectieveactieprocedure te zien en de *contra-proferentem*-regel dus buiten toepassing te laten.

Het tweede procedurele punt. In dit geval heeft de rechtbank Den Haag prejudiciële vragen over de uitleg van de Richtlijn oneerlijke bedingen aan de Hoge Raad gesteld. Dat staat de rechtbank natuurlijk vrij. Uiteindelijk is echter niet de Hoge Raad maar het Hof van Justitie de instantie die moet oordelen over de vraag hoe de beide onderdelen van art. 5 van de richtlijn (transparantievereiste en *contra-proferentem*-regel) zich tot elkaar verhouden.³⁴ De rechtbank had er mijns inziens daarom beter aan gedaan de vraag aan het Hof voor te leggen. Ook de Hoge Raad had daartoe kunnen overgaan, maar hij heeft zich daar kennelijk niet toe geroepen gevoeld. In dit geval oordeelde de Hoge Raad niet in laatste instantie in deze zaak, zodat voor hem geen *verplichting* tot het stellen van een prejudiciële vraag bestond.³⁵ Dat neemt niet weg dat het mijns inziens wel voor de hand had gelegen als

32. Zie ook kritisch H.B. Krans, ‘Een oordeel over een beding in polisvoorwaarden: een ongelukkige uitkomst’, *NTBR* 2019/10, p. 59-60. Anders: Dorhout Mees, *AV&S* 2019/1, p. 3, die van oordeel is dat het beding zelfs in een collectieveactieprocedure (net) niet als onredelijk bezwarend zou worden aangemerkt.

33. C.M.D.S. Pavillon, ‘De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets’, *WPNR* 2017, afl. 7163, p. 700-703.

34. Dat geldt overigens ook over de vraag of de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad een procedure in de zin van art. 7 Richtlijn is, waarbij de *contra-proferentem*-regel buiten toepassing dient te blijven.

35. In het recente *Euribor*-arrest (HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*ABN Amro/Stichting SDB en Stichting Euribar*)) sprak de Hoge Raad wel in laatste instantie recht. Kennelijk was de Hoge Raad van oordeel dat voor beantwoording van de vragen die in die zaak aan de orde waren, geen prejudiciële vragen behoeften te worden gesteld omdat het om een *acte clair* of een *acte éclairé* ging. Daar valt in die zaak ook wel iets voor te zeggen. De verhouding tussen transparantievereiste en *contra-proferentem*-regel komt in dat arrest ook niet aan de orde.

de Hoge Raad dat had gedaan – juist omdat de beide benaderingen tot verschillende uitkomsten kunnen leiden en in de lidstaten verschillend wordt gedacht over de vraag welke benadering de juiste is. Anders dan met de nationale prejudiciële procedure wordt beoogd, leidt de beantwoording van de vragen door de Hoge Raad immers niet tot de beëindiging van de rechtsonzekerheid op dit punt. Volgende keer toch maar een retourtje Luxemburg boeken?