



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Glashelder, toch? Het transparantievereiste in het algemene voorwaarden-recht

Loos, M.B.M.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2023). Glashelder, toch? Het transparantievereiste in het algemene voorwaarden-recht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 40(7), 267-276. Article 28. https://www.inview.nl/document/id10fb1f1d33f44490958c71ccfa3129ce?ctx=WKNL_CSL_87

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.

Glashelder, toch? Het transparantievereiste in het algemene voorwaarden-recht

NTBR 2023/28

In dit artikel wordt het in artikel 6:238 lid 2 BW opgenomen transparantievereiste besproken. Dit vereiste brengt mee dat tegenover consumenten gehanteerde algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal moeten worden gesteld. Daarbij wordt ingegaan op de functie van het transparantievereiste, de daaruit voortvloeiende eisen, en de gevolgen van schending van het vereiste: moet de *contra proferentem*-regel worden toegepast, is een onduidelijk beding onredelijk bezwarend, of kan de informatieplicht een rol spelen? En maakt dat eigenlijk iets uit?

1. Inleiding

Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 kreeg het Nederlandse recht voor het eerst een eigen regeling voor algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW. De wettelijke regeling wordt onder meer gekenmerkt door snelle toepasselijkheid van algemene voorwaarden (art. 6:232 BW), twee vernietigingsgronden (inhoudstoetsing en informatieplicht, art. 6:233 en 6:234 BW), extra bescherming voor consumenten in de vorm van een zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en 6:237 BW) en een uitgebreide, maar betrekkelijk weinig gebruikte regeling voor collectieve actie (art. 6:240-243 BW). De afdeling bevat geen regels over de vernietiging zelf: dat is overgelaten aan de algemene regels over nietigheden in de artikelen 3:49-54 BW.

In 1999 is ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen² aan artikel 6:238 BW een tweede lid toegevoegd³ nadat het Hof van Justitie Nederland had veroordeeld vanwege de op dit punt gebrekkige omzetting van de richtlijn.⁴ Artikel 6:238 lid 2 BW bepaalt sindsdien dat tegenover een consument gehanteerde algemene voorwaarden *duidelijk en begrijpelijk* moeten zijn opgesteld, en dat bij twijfel over de betekenis van een beding de voor de wederpartij gunstigste uitleg prevaleert. De eerste zin van het artikellid codificeert daarmee het transparantievereiste, de tweede zin de *contra proferentem*-regel. De beide onderdelen hangen met elkaar samen: wanneer een beding onduidelijk is, zal al snel twijfel kunnen ontstaan over de betekenis van het beding. Wanneer in een dergelijk geval de *contra proferentem*-regel

wordt toegepast, kan dat betekenen dat het beding de inhoudstoetsing aan artikel 6:233 onder a BW overleeft. Wanneer het beding echter eerst aan de inhoudstoetsing wordt onderworpen, kan het onduidelijke karakter van het beding eraan bijdragen dat het beding onredelijk bezwarend wordt geoordeeld en dus wordt vernietigd. Aan toepassing van de *contra proferentem*-regel komt men dan niet meer toe.

Over de reikwijdte van het transparantievereiste en verhouding tussen dat vereiste en de *contra proferentem*-regel bestaat discussie, mede als gevolg van rechtspraak van de Hoge Raad. In dit artikel onderzoek ik daarom welke eisen voortvloeien uit het transparantievereiste en wat de gevolgen zijn van een schending van het transparantievereiste. Daarbij ga ik in paragraaf 2 in op de functie die het transparantievereiste vervult en zal ik onderscheid maken tussen taalkundige en grammaticale begrijpelijkheid, economische transparantie en formele transparantie. In paragraaf 3 richt ik het vizier op de gevolgen die een schending van het transparantievereiste kan hebben. Moet in een dergelijk geval de *contra proferentem*-regel worden toegepast, is een intransparant beding onredelijk bezwarend, of kan de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW mogelijk worden toegepast? Paragraaf 4 bevat een korte conclusie.

In de terminologie van afdeling 6.5.3 BW wordt gesproken over de gebruiker van de algemene voorwaarden en de wederpartij.⁵ In deze bijdrage duid ik de gebruiker van de algemene voorwaarden echter aan als 'handelaar', de term die elders in de wet gebruikt wordt voor de partij die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt bij het sluiten van overeenkomsten met een consument.⁶ De wederpartij zal ik aanduiden met de term 'consument'. Aangezien het transparantievereiste voortvloeit uit de implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen en deze richtlijn, op overeenkomstige wijze, ook in Duitsland en België is geïmplementeerd, zal op enkele plaatsen ook kort aandacht worden besteed aan het Duitse en Belgische recht waar dat nuttig is voor het verkrijgen van inzicht in de betekenis die het transparantievereiste in het Nederlandse recht vervult.

2. De functie van het transparantievereiste en de daaruit voortvloeiende eisen

2.1 Functie en criterium

Uit artikel 6:238 lid 2, eerste zin, BW en het daaraan ten grondslag liggende artikel 5, eerste zin, Richtlijn oneerlijke bedingen volgt dat tegenover een consument gehanteerde algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal moeten zijn opgesteld. De functie van dit transparantievereiste is de

1 Citeerwijze: M.B.M. Loos, 'Glashelder, toch? Het transparantievereiste in het algemene voorwaarden-recht', *NTBR* 2023/28, afl. 7. Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is onder meer lid van de Raden van Toezicht van de Consumentenbond en de Stichting toetsing verzekeraars en van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad.

2 Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993, *Pub. EG* 1993, L 95/29.

3 Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 468.

4 HvJ EU 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*).

5 Zie artikel 6:231 BW.

6 Zie bijvoorbeeld artikel 6:193a onder b BW en artikel 6:230g lid 1 onder b BW.

gemiddelde consument op het moment van de contractsluiting⁷ (en desgewenst op een later tijdstip opnieuw) in staat te stellen haar rechtspositie te beoordelen.⁸ Daartoe zullen de in de algemene voorwaarden opgenomen bedingen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk moeten zijn (par. 2.2), maar ook in economische (par. 2.3) en formele zin (par. 2.4) transparant moeten zijn. Aan het transparantievereiste ligt ten grondslag dat de wederpartij op het moment van contractsluiting op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria moet kunnen voorzien welke economische gevolgen voor haar uit het beding voortvloeien.⁹ Het is daarbij volgens het Hof van Justitie aan de *handelaar* om te bewijzen dat het beding in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen is gesteld.¹⁰ Gardiner merkt in dit verband op dat het transparantievereiste het consumenten gemakkelijker moet maken om geïnformeerde beslissingen te nemen en hun rechten te handhaven.¹¹ Van Boom voegt hieraan toe dat consumenten daardoor in staat moeten worden gesteld om verschillende aanbiedingen met elkaar te vergelijken.¹²

Voor de beoordeling of aan het transparantievereiste is voldaan, dient volgens het Hof van Justitie uit te worden gegaan van de norm van de 'gemiddelde' consument, die wordt omschreven als een "normaal geïnformeerde en

redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument".¹³ Beslissend is of een dergelijke consument na kennisneming van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de handelaar is verstrekt, had moeten begrijpen welke economische gevolgen zouden voortvloeien uit het beding.¹⁴ Het gaat daarbij om een objectief en normatief begrip. Objectief, omdat uitgegaan wordt van de *gemiddelde* consument tegen wie het beding wordt ingeroepen.¹⁵ Normatief, omdat de consument *geacht* wordt kennis te hebben genomen van de relevante feitelijke gegevens, zoals de door de handelaar verstrekte informatie, ook als het voor de handelaar op het moment van de contractsluiting duidelijk was dat de wederpartij de informatie in werkelijkheid niet heeft gelezen. Vanwege het objectieve karakter van de toets lijkt mij dat eventuele feitelijke kennis van *deze* consument (uit eigen wetenschap dan wel op basis van bijstand door een dienstverlener) voor de beoordeling of het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, in beginsel niet van belang is, juist omdat het beding vooraf is opgesteld en de consument geen invloed heeft kunnen hebben op de formulering.¹⁶ Helemaal zeker is dat echter niet. Het Hof van Justitie oordeelde in *OTP Bank/Ilyés en Kiss*¹⁷ dat de toetsende rechter "rekening dient te houden met **alle** omstandigheden van het hoofdgeding zoals die bestonden op het moment waarop de overeenkomst is gesloten" (vetgedrukt toegevoegd door de auteur). Dat duidt erop dat ook omstandigheden die *deze* consument betreffen, zoals een bepaald opleidingsniveau of de eventuele aanwezigheid van deskundige bijstand, kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de duidelijkheid en begrijpelijkheid van een beding. Het arrest maakt bovendien niet duidelijk of de handelaar (ten tijde van de contractsluiting) bekend moet zijn geweest met die de consument zelf betreffende omstandigheden. Het ligt mijns inziens echter voor de hand dat wel te verlangen, omdat de handelaar op dat moment zo nodig nog aanvullende informatie of uitleg omtrent het beding kan verschaffen. Het Hof van Justitie lijkt met deze overweging wel deels te zijn afgestapt van een al te objectieve

7 Van Boom merkt in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging overigens terecht op dat het feit dat algemene voorwaarden in de praktijk meestal niet worden gelezen voor contractsluiting, meebrengt dat pogingen tot het begrijpelijker formuleren van bedingen in algemene voorwaarden (en dus tot verbetering van de transparantie ervan) dus maar een beperkt resultaat kunnen hebben, zie W.H. van Boom, 'Duidelijk en begrijpelijk. Over teksten en transactiebesluiten in het privaatrecht', in: W.H. van Boom, G. van der Bruggen, T. Cramwinckel, H. Pander Maat, T. Sanders & A. Verburg, *Klare Taal (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2023-152)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 263-264.

8 HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andrić*), punt 45; HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/326, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia Nederland B.V.*), punt 50; in deze zin ook BGH 14 mei 1996, XI ZR 257/94, BB 1996, p. 1402.

9 HvJ EU 3 maart 2020, C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138 (*Gómez del Moral Guasch*), punt 51; HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punt 37. In deze zin ook HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, NJ 2022/204, m.nt. Jac. Hijma (*ABN Amro/Stichting SDB en Stichting Euribar*); Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248 (*ABN Amro Bank N.V./Stichting SDB en Stichting Euribar*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 3 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8980 (*Koopgarant-regeling*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 30 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3029 (*Terugkoopbeding nieuwbouwwoning De Goede Woning*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 13 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3554 (*Doorlopend krediet Eurofintus*).

10 HvJ EU 10 juni 2021, gevoegde zaken C-776/19 t/m C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (*VB e.a./BNP Paribas e.a.*), punt 89.

11 C. Gardiner, *Unfair contract terms in the digital age. The challenge of protecting European consumers in the online marketplace*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing 2022, p. 77.

12 Van Boom 2023, p. 301. In deze zin ook P. Cambie, 'Hoe wordt de consument beschermd tegen prijsstijgingen?', *Droit de la Consommation/Consumentenrecht* 2023/139, p. 20-21.

13 HvJ EU 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andrić*), punt 47; HvJ EU 3 maart 2020, C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138 (*Gómez del Moral Guasch*), punt 51; HvJ EU 16 juli 2020, gevoegde zaken C-224/19 en C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), punt 68; HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311 (*Portugese levensverzekeringsovereenkomst*), punt 26; in deze zin ook Hof Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1977 (*X/Dunea N.V.*).

14 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (*Káster*), punt 74; HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*), punten 73-74; HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*), punt 41; HvJ EU 3 september 2020, gevoegde zaken C-84/19, C-222/19 en C-252/19, ECLI:EU:C:2020:631 (*Profi Credit Polska SA*), punt 74; HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punt 37; in deze zin ook Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 3 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8980 (*Koopgarant-regeling*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 30 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3029 (*Terugkoopbeding nieuwbouwwoning De Goede Woning*).

15 Zie HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andrić*), punt 47.

16 Anders Rb. Amsterdam 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5258 (*X/Europese Verzekering*).

17 HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408, m.nt. M.B.M. Loos (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*), punt 82.

maatstaf en ruimte te laten voor een meer op de persoon van de consument (of op de groep van personen waartoe de consument behoort) toegesneden oordeel.¹⁸

2.2 Taalkundige en grammaticale begrijpelijkheid

Om aanbiedingen met elkaar te kunnen vergelijken en geïnformeerde beslissingen te kunnen nemen, is het in de eerste plaats vereist dat een beding in taalkundig en grammaticaal opzicht begrijpelijk is. Dat is bepaald niet vanzelfsprekend. Van Boom bespreekt in zijn preadvies¹⁹ het volgende beding in de dekkingsomschrijving van een oude begrafenisverzekering van verzekeraar Ardanta:

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

Na het overlijden van de moeder van de consument ontstond een conflict over de vraag of de beperking van de vergoeding tot f 40 betrekking heeft op de koffietafel, of op de koffietafel plus de kosten voor het graf zelf. Volgens de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening kon de bepaling maar op één manier worden gelezen: voor de koffietafel en de grafrechten tezamen geldt een maximale vergoeding van f 40.²⁰

Taalkundig en grammaticaal – en het aloude ezelsbruggetje ‘Meneer Van Dalen Wacht Op Antwoord’ volgend – zou ik, eerlijk gezegd, tot de tegengestelde uitkomst zijn gekomen. Maar op zijn minst moet hier de conclusie zijn dat de gebruikte formulering, inclusief plus- en minteken, onduidelijk zijn. Daar pleit bovendien voor dat grafrechten (tegenwoordig) gemiddeld € 175 à € 185 per jaar kosten en vaak in één keer voor een periode van 20 of 30 jaar moeten worden afgerekend.²¹ Uitgaande van de goedkoopste optie (20 jaar á € 175) komt dat neer op een bedrag van € 3500. Als deze verzekering in 1970 zou zijn aangegaan,²² komt dit overeen met f 1.362,60.²³ Dat maakt dat een maximale vergoeding voor koffietafel en grafrechten *samen* ter hoogte van f 40 ook in 1970 bijna gelijkstond aan een uitsluiting van de vergoeding van deze kosten. Dat lijkt mij in strijd met de prominente vermelding van de term ‘grafrechten’ in de dekkingsbepaling: deze kosten zijn evident hoger dan het gedurende enkele uren huren van volgauto’s, zodat de gemiddelde consument er ook om die reden van mag uitgaan dat de grafrechten ook materieel onder de dekking vallen.

18 In deze zin ook Terryn 2017, p. 29-30.

19 Van Boom 2023, p. 296-297.

20 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening Kifid 14 mei 2019, nr. 2019-337, te raadplegen op www.kifid.nl/uitspraken.

21 Zie www.consumentenbond.nl/uitvaart/grafrechten (bericht bewerkt op 6 februari 2023, geraadpleegd op 13 juni 2023).

22 De verzekeringsovereenkomst was in ieder geval voor 1986 gesloten, aangezien ook de kosten van de begrafenis van de vader van de consument, die in dat jaar is overleden, onder de dekking vielen.

23 Bij de berekening is gebruikgemaakt van de rekenool op www.inflatiecalculator.nl (geraadpleegd op 13 juni 2023).

2.3 Economische transparantie

Maar ook als een tekst taalkundig en grammaticaal begrijpelijk is, betekent dat nog niet dat een consument die tekst ook heeft begrepen. Alleen taalkundige en grammaticale begrijpelijkheid is dan ook niet voldoende, zo blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.²⁴ Het Hof van Justitie stelt in plaats daarvan dat niet aan het transparantievereiste is voldaan indien de gemiddelde consument²⁵ niet voor of bij contractsluiting beschikt over alle gegevens die noodzakelijk zijn om tot een geïnformeerde beslissing te komen over de wenselijkheid van het sluiten van de overeenkomst onder de door de handelaar aangeboden voorwaarden.²⁶ In het bijzonder worden strenge eisen gesteld aan bedingen die de hoogte van de aan de handelaar verschuldigde prijs bepalen of die wijziging van die prijs mogelijk maken. Dat is vanuit de functie die het transparantievereiste vervult natuurlijk ook goed verklaarbaar. Als consumenten geïnformeerde beslissingen moeten kunnen nemen over de contractsluiting en in staat moeten worden gesteld om verschillende aanbiedingen met elkaar te vergelijken, dan moeten zij in staat zijn om de prijs te berekenen en te voorspellen, zowel op het moment van contractsluiting als op het moment waarop die prijs zou worden gewijzigd. Aan die eis is niet voldaan als de prijs wordt bepaald aan de hand van een variabele waarvan de consument geen redelijke inschatting kan maken.

Bij de toepassing van het transparantievereiste moet wel worden uitgegaan van de gegevens waarover de handelaar op het tijdstip van de contractsluiting beschikte.²⁷ Dat brengt mee dat van de handelaar in het geval van een duurovereenkomst niet mag worden verwacht dat zij precies voorspelt hoe de economische last waarmee een in de overeenkomst opgenomen indexeringsmechanisme gepaard kan gaan, zal evolueren: een dergelijke mate van precisie is natuurlijk onmogelijk. Wel mag volgens het Hof van Justitie van de handelaar worden verwacht dat zij de criteria vermeldt die door haar worden gehanteerd bij de berekening

24 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Käsler*), punten 69-72; HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*), punten 73-74; HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*), punt 33; HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriciuc*), punten 44-48; HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408, m.nt. M.B.M. Loos (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*), punt 73; HvJ EU 5 juni 2019, C-38/17, ECLI:EU:C:2019:461 (*GT/HS*), punten 33 en 36; HvJ EU 3 maart 2020, C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138 (*Gómez del Moral Guasch*), punten 46 en 50; HvJ EU 16 juli 2020, gevoegde zaken C-224/19 en C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), punt 66; HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punt 36. Zie in deze zin ook J.H.M. Spanjaard, ‘Rechtskeuzebedingen in consumentenovereenkomsten: spitsroeden lopen’, *Contracteren* 2016/4, p. 120, die opmerkt dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat.

25 Wanneer de algemene voorwaarden bedoeld zijn voor een bepaalde doelgroep, dient te worden uitgegaan van het gemiddelde lid van die doelgroep, vgl. Van Boom 2023, p. 265-266.

26 HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriciuc*), punten 47 en 48; HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punt 38.

27 HvJ EU 9 juli 2020, C-452/18, ECLI:EU:C:2020:536 (*Ibercaja Banco*), punt 49; HvJ EU 18 november 2021, C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934 (*M.P. en B.P./Bank A*), punt 52.

van een prijswijziging.²⁸ Die criteria moeten zo precies en begrijpelijk worden geformuleerd dat de gemiddelde consument bij een consumentenkredietovereenkomst waarbij partijen een variabele rente zijn overeengekomen, *zelf* in staat moet zijn te begrijpen hoe die rentevoet in de praktijk wordt berekend, de wijziging van de rentevoet zelf te beoordelen, en daarmee begrijpen welke, mogelijk aanzienlijke, economische gevolgen het beding voor haar kan hebben.²⁹ Het beding moet dus ook in economische zin transparant zijn. Van Boom waarschuwt er terecht voor dat hieruit voortvloeit dat een beding aan de handelaar niet een te grote beoordelingsruimte mag laten bij de uitoefening van haar bevoegdheden.³⁰ Bij een hypothecaire lening met een variabel rentetarief betekent dit dat de handelaar informatie moet verstrekken over de ontwikkeling van de index aan de hand waarvan het rentetarief wordt vastgesteld, aangezien de wederpartij aan de hand van de schommelingen in de index inzicht kan verkrijgen in de omvang van het door haar genomen risico.³¹ Wanneer een beding een bijzonder risico voor een consument inhoudt, dan dient de consument uitdrukkelijk voor dat risico te worden gewaarschuwd.³² De focus op het moment van contractsluiting brengt mee dat latere verstrekking van deze gegevens niet kan betekenen dat een beding alsnog als voldoende transparant moet worden beoordeeld,³³ ook al zullen veel consumenten de algemene voorwaarden in werkelijkheid hooguit gaan lezen op het moment dat er iets niet gaat zoals zij hadden verwacht of gewenst.³⁴

Bij de beoordeling van de economische transparantie³⁵ van het beding moet voorts rekening worden gehouden met de reclame die door of namens de handelaar is gemaakt en met de inlichtingen die tijdens de totstandkoming van de overeenkomst zijn verstrekt door de handelaar of door

een andere persoon die namens de handelaar heeft deelgenomen aan de totstandkoming van de overeenkomst met de consument.³⁶ Deze omstandigheden komen immers voor rekening van de handelaar (die in verband hiermee de gebruikte algemene voorwaarden nog voor contractsluiting had kunnen wijzigen) en kunnen ook leiden tot gerechtvaardigde en te honoreren verwachtingen bij de consument.

Het Hof van Justitie oordeelde dat een enkele verwijzing naar een wetsbepaling door een handelaar in ieder geval niet volstaat om aan de in die wetsbepaling vervatte wettelijke informatieplicht te voldoen.³⁷ Daaruit kan worden afgeleid dat een dergelijke verwijzing in een beding in algemene voorwaarden niet aan het transparantievereiste voldoet: voor de gemiddelde consument zullen verwijzingen naar wetsbepalingen onbegrijpelijk zijn. Dat oordeel lijkt mij juist: zelfs al zou worden verdedigd dat van de gemiddelde consument kan worden verwacht dat zij een wets tekst begrijpt, van de gemiddelde consument kan in ieder geval niet worden verwacht dat zij zelf de tekst van deze wetsbepalingen opzoekt om te zien welke rechten en verplichtingen voor haar uit de overeenkomst voortvloeien. Zo trof ik in een gezondheidsverklaring voor een levensverzekering de volgende bepaling aan:

“De ondergetekenden verklaren dat de door of namens hen verstrekte antwoorden en gegevens bij de aanvraag van deze verzekering volledig en overeenkomstig de waarheid zijn. Zij zijn ermee bekend dat wanneer na het sluiten van de verzekering blijkt dat één of meer vragen onjuist of onvolledig zijn beantwoord, de verzekeraar de gevolgen kan invoeren die het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder de artikelen 928-930 en 982-983 van Boek 7 hieraan verbindt, zoals het opzeggen van de verzekering, het weigeren van de uitkering of het beperken van de hoogte van de uitkering.”

De gemiddelde consument die deze tekst heeft gelezen, zal vermoedelijk wel begrijpen dat verzwijging of onjuiste beantwoording van de in de gezondheidsverklaring gestelde vragen ernstige gevolgen kan hebben, maar wanneer dat het geval is en welke sanctie in welk geval opgelegd kan worden, is met dit beding mijns inziens voor de gemiddelde consument onduidelijk. De verwijzing naar de genoemde wetsartikelen helpt de gemiddelde consument dus niet om haar rechten en plichten (beter) te begrijpen, en kan daarom beter achterwege blijven.

Ook het beding dat op een overeenkomst, bijvoorbeeld, Luxemburgs recht van toepassing is, voldoet volgens het Hof van Justitie niet aan het transparantievereiste indien het de gemiddelde consument misleidt doordat het bij haar de indruk wekt dat enkel het recht van Luxemburg op de overeenkomst van toepassing is, terwijl de consument in

28 HvJ EU 18 november 2021, C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934 (*M.P. en B.P./Bank A*), punten 51 en 53. Vgl. in deze zin ook Van Boom 2023, p. 300.

29 Zie HvJ EU 28 februari 2023, C-254/22, ECLI:EU:C:2023:134 (*AW en PN/ Caixabank*), punt 44, in een alleen in het Frans en Spaans gepubliceerde beschikking.

30 Van Boom 2023, p. 302-303.

31 HvJ EU 9 juli 2020, C-452/18, ECLI:EU:C:2020:536 (*Ibercaja Banco*), punten 52-54.

32 HvJ EU 10 juni 2021, C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas/VE*), punt 54.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 13 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3554 (*Doorlopend krediet Eurofintus*).

34 Uit onderzoek op het terrein van *behavioural economics* (zie de vele verwijzingen in M.G. Faure & H. Luth, 'Behavioural economics in unfair contract terms. Cautions and considerations', *Journal of Consumer Policy* 2011/3, p. 348-349; Y. Adar & S.I. Becher, 'Ending the license to exploit: administrative oversight of consumer contracts', *Boston College Law Review* 62 (2021), p. 2413; S. Bienenstock & C. Desrieux, 'Abusive contract terms: Is unenforceability a deterrent sanction?', *European Journal of Law & Economics* 2022 (54), p. 188; Gardiner 2022, p. 77-78 en p. 102) blijkt dat de overgrote meerderheid van consumenten algemene voorwaarden (in ieder geval voor contractsluiting) niet lezen, en dat zij daarmee ook rationeel handelen, aangezien de inhoud ervan zelden relevant wordt, het veel tijd kost om de algemene voorwaarden te lezen, en er vervolgens toch niet over onderhandeld kan worden. Zie in deze zin ook E. Terry, 'Transparantie en algemene voorwaarden – nood aan hervorming?', *Tijdschrift voor Privaat-recht* 2017, p. 56-57.

35 De term is van W.H. van Boom, 'Letsel en verzekering: uitleg en inhoudstoetsing van algemene verzekeringsvoorwaarden', *Verkeersrecht* 2020/57, p. 103; zie ook Van Boom 2023, p. 301.

36 HvJ EU 10 juni 2021, C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas/VE*), punt 45.

37 HvJ EU 26 maart 2020, C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242 (*Kreissparkasse Saarlouis*), punten 42-47.

werkelijkheid een beroep kan doen op de bescherming die wordt geboden door het dwingende recht van haar eigen lidstaat.³⁸ Het Hof van Justitie lijkt te suggereren dat wanneer het rechtskeuzebeding wél een verwijzing naar die dwingendrechtelijke regels bevat, het beding niet oneerlijk zou zijn. Mijns inziens zal een enkele verwijzing naar die dwingendrechtelijke regels er echter niet toe leiden dat de gemiddelde consument weet welke rechten en plichten voor haar uit de overeenkomst voortvloeien. Ook in dit geval kan van de consument immers niet worden verwacht dat zij de tekst van dat dwingende recht opzoekt om te zien welke rechten zij aan dat dwingende recht kan ontleen. Hooguit zal de gemiddelde consument uit een dergelijke verwijzing afleiden dat soms andere regels van toepassing zijn dan die van het rechtstelsel dat in het beding wordt genoemd.

Zoals gezegd stelt het transparantievereiste strenge eisen aan prijs(wijzigings)bedingen. Zo oordeelde het Hof van Justitie dat een beding in een overeenkomst met een advocaat waarin uitsluitend wordt aangegeven wat het uurtarief is van de advocaat, zonder dat enige verdere indicatie wordt gegeven over het totaal van het aan de consument in rekening te brengen bedrag, niet aan het transparantievereiste voldoet. Van de advocaat mag volgens het Hof van Justitie worden verwacht dat zij een raming geeft van het voorzienbare of minimale aantal uren om een bepaalde dienst te verlenen, of dat zij contractueel gehouden zou zijn om met redelijke tussenpozen tussentijdse facturen of verslagen te bezorgen waarin het aantal reeds gepresteerde werkuren wordt vermeld.³⁹ In vergelijkbare zin oordeelde het Hof van Justitie bij een kredietovereenkomst in vreemde valuta. Bij een dergelijke overeenkomst moet het de consument ten minste duidelijk zijn wat het effect is van een scherpe waardedaling van de munteenheid waarin zij haar inkomen ontvangt ten opzichte van de munteenheid waarin de periodieke betalingen voor aflossing en rente moeten worden gedaan en dat de lening als gevolg van dat wisselkoersrisico mogelijksterwijs economisch gezien een zware last voor haar kan worden.⁴⁰ Daartoe zal de geldverstrekker het berekeningsmechanisme van de lening, uitgedrukt in vreemde valuta, en de toepasselijke wisselkoers op transparante wijze uiteen moeten zetten, zodat de gemiddelde consument de totale kosten van de lening kan inschatten⁴¹ en zij te allen

tijde in staat is om die wisselkoers te bepalen.⁴² Aan die eis kan zijn voldaan indien de consument ten tijde van de contractsluiting een formulier met aanvullende informatie over het wisselkoersrisico zou hebben ontvangen, dat concrete voorbeelden bevat van de berekening van het risico in geval van een waardevermindering van de eigen nationale munteenheid ten opzichte van de munteenheid die in de kredietovereenkomst is gebruikt.⁴³ Bij een kredietovereenkomst waarin niet het jaarlijks kostenpercentage is vermeld, maar waarin alleen de wiskundige vergelijking is opgenomen aan de hand waarvan dit kostenpercentage kan worden berekend, is echter niet aan het transparantievereiste voldaan.⁴⁴

2.4 Transparantie in formele zin

Op het eerste gezicht lijkt de Richtlijn oneerlijke bedingen geen regels te bevatten over de verstrekking van algemene voorwaarden aan consumenten. In de vorige paragraaf ging het dan ook om transparantie in *materiële zin* (*substantive transparency*): de eis dat bedingen in algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal moeten zijn gesteld, wordt gesteld in het licht van de mogelijkheid om *informed consent* te bereiken met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst.⁴⁵ Het Hof van Justitie heeft echter al in 2013 geoordeeld dat uit het transparantievereiste niet alleen voortvloeit dat de handelaar haar algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal dient op te stellen, maar – in samenhang met het bepaalde in overweging (20) in de preambule – ook dat “*de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen van de overeenkomst*” omdat het voor haar van wezenlijk belang is dat zij vóór contractsluiting “*kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst*”.⁴⁶ Bij deze eis gaat het om transparantie in *formele zin* (*formal transparency*). Het gaat dan niet zozeer om de inhoud van de bedingen, maar om het feitelijk aan de consument bieden van de mogelijkheid tot kennisneming

38 HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, NJ 2018/188, m.nt. Th.M. de Boer (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU*), punten 66-71.

39 HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punten 40-44. Of het gebrek aan transparantie er ook toe leidt dat het beding onredelijk bezwarend wordt geoordeeld, is overigens een andere vraag. Vertaald naar de Nederlandse situatie: als de advocaat geen tarief in de overeenkomst zou hebben opgenomen, zou het loon “op de gebruikelijke wijze” moeten worden berekend (art. 7:405 BW). Dat de consument in dat geval ook geen redelijke inschatting kan maken van de totale kosten van de dienstverlening, wordt door de wetgever kennelijk niet als problematisch geacht. Dat maakt dat het minder waarschijnlijk is dat een Nederlandse rechter het beding onredelijk bezwarend zou achten.

40 HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408, m.nt. M.B.M. Loos (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*), punten 74-75; HvJ EU 10 juni 2021, C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas/VE*), punt 50.

41 HvJ EU 5 juni 2019, C-38/17, ECLI:EU:C:2019:461 (*GT/HS*), punt 34; HvJ EU 10 juni 2021, C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas/VE*), punt 44.

42 HvJ EU 18 november 2021, C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934 (*M.P. en B.P./Bank A*), punt 53; HvJ EU 10 juni 2021, gevoegde zaken C-776/19 t/m C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (*VB e.a./BNP Paribas e.a.*), punt 65.

43 HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408, m.nt. M.B.M. Loos (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*), punt 77.

44 HvJ EU 20 september 2018, C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745 (*EOS KSO Slovensko/Danko en Danková*), punten 65-68.

45 Vgl. ook J. Luzak & Mia Junuzović, ‘Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts’, *Journal of EU Consumer and Market Law* 2019/3, p. 97-107 (99).

46 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375 (*RWE Vertrieb*), punten 43-44; in deze zin ook HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, NJ 2014/247 (*Constructora Principado*), punt 25; HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger/Finway*), punt 64; HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/213 (*Gutiérrez Naranjo*), punt 50; HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, NJ 2019/408, m.nt. M.B.M. Loos (*OTP Bank/Ilyés en Kiss*), punt 77.

van die inhoud om op basis daarvan een beslissing te nemen.^{47,48}

Hier kan een direct verband worden gelegd met de doelen die door de wetgever worden nagestreefd met de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW: het verkrijgen van *informed consent* (besluitvormingsbelang), het in staat stellen van de wederpartij om haar gedrag af te stemmen op de inhoud van de algemene voorwaarden (gedragsafstemmingsbelang) en het in staat stellen van de wederpartij om haar rechtspositie te beoordelen indien problemen ontstaan (dossierbelang).⁴⁹ Met name het besluitvormings- en het gedragsafstemmingsbelang komen in gevaar indien de ter beschikking gestelde algemene voorwaarden voor de wederpartij onduidelijk geformuleerd of onbegrijpelijk zijn. Daarmee lijkt dit aspect van formele transparantie te zijn gewaarborgd door middel van de informatieplicht van artikel 6:233 onder b en 234 BW.⁵⁰ De rechtspraak van het Hof van Justitie verplicht de rechter op dit punt dan wel tot richtlijnconforme interpretatie van deze bepalingen – in het bijzonder door van haar te eisen dat ook ambtshalve wordt getoetst of de handelaar aan de informatieplicht heeft voldaan.

Formele transparantie gaat echter verder dan het alleen feitelijk verstrekken van algemene voorwaarden. De mogelijkheid om daadwerkelijk voor contractsluiting kennis te kunnen nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden brengt mee dat de verstrekte algemene voorwaarden ook voor de consument toegankelijk zijn. Daaraan is niet voldaan als de verstrekte set algemene voorwaarden feitelijk onleesbaar is doordat de opgeslagen informatie niet toegankelijk is (de papieren kopie van de algemene voorwaarden is beschadigd of anderszins onleesbaar, of het opgeslagen elektronische bestand bevat fouten en kan daardoor niet worden geopend). De onleesbaarheid kan ook worden veroorzaakt doordat de algemene voorwaarden zijn afgedrukt in Gotische letters, de bedingen in een moeilijk van de achtergrond te onderscheiden kleur worden gepresenteerd, of in een zodanig klein lettertype zijn gedrukt of afgebeeld dat zij voor de gemiddelde consument (of, indien de handelaar zich tot een specifieke doelgroep, bijvoorbeeld gepensioneerden, richt: het gemiddelde lid van die

groep) niet meer zonder vergrootglas leesbaar zijn.⁵¹ Ook de *overall*-structuur van de algemene voorwaarden, in het bijzonder in het geval van het stapelen van sets algemene voorwaarden door middel van doorverwijzingen⁵² en hyperlinks⁵³ of het regelen van met elkaar samenhangende onderwerpen op heel verschillende plaatsen in de algemene voorwaarden-set kan meebrengen dat de gemiddelde consument niet meer in staat is om het geheel van de rechten en verplichtingen te beoordelen. In dit verband kan worden gewezen op digitale diensten, zoals socialemediadiensten, waarbij het heel gebruikelijk is dat voor de verschillende digitale diensten afzonderlijke *terms of use* gelden, naast een algemene set algemene voorwaarden voor alle door de dienstverlener geleverde diensten en een of meer *privacy policies*.⁵⁴ In al deze gevallen is het transparantievereiste, vervat in artikel 6:238 lid 2 BW, geschonden.⁵⁵

3. Gevolgen van schending van het transparantievereiste

3.1 *Contra proferentem*-regel of inhoudstoetsing?

De Richtlijn oneerlijke bedingen schrijft niet expliciet voor welke gevolgen moeten worden verbonden aan het feit dat een beding niet voldoet aan het transparantievereiste.⁵⁶ Een op het eerste gezicht voor de hand liggende sanctie is de toepassing van de *contra proferentem*-regel, die immers in hetzelfde artikel van de richtlijn en van het BW is opgenomen. Toepassing van de *contra proferentem*-regel brengt mee dat wanneer een beding op twee plausibele wijzen kan worden uitgelegd, het in het nadeel van de handelaar moet worden uitgelegd. Deze benadering lijkt gunstig te zijn voor de consument, maar is dat niet altijd. Het is namelijk mogelijk dat een beding bij uitleg ten voordele van de consument niet onredelijk bezwarend is, zodat het de inhoudstoetsing overleeft, terwijl het bij een uitleg ten voordele van de handelaar wél onredelijk bezwarend zou zijn.

Denk bijvoorbeeld aan het volgende beding in een arbeidsongeschiktheidsverzekering over de vaststelling van de uitkering van de verzekerde:

51 Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 9 oktober 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB5729 (*Canal Digitaal/X*); zie ook Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8187 (*X/Leensysteem B.V. en TWG Services Limited*), in welk geval de rechtbank een beroep op de algemene voorwaarden, die waren weergegeven in zodanig kleine letters (met een letterhoogte van ongeveer een halve millimeter) dat deze voor de gemiddelde consument (zonder gebruik van hulpmiddelen) onleesbaar zijn, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar oordeelde.

52 Zie ten aanzien van een doorverwijzing in algemene voorwaarden naar wettelijke regels ook HvJ EU 26 maart 2020, C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242 (*Kreissparkasse Saarlouis*), punten 44-47.

53 Terryn 2017, p. 49.

54 Vgl. ook Gardiner 2022, p. 127.

55 Vgl. ook R.H.C. Jongeneel, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, zesde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 438.

56 Vgl. ook C.M.D.S. Pavillon, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse regeling van algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3 BW)', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht, deel II*, Deventer: Kluwer 2013, tweede druk, nr. 31; Terryn 2017, p. 20 en 34.

47 Zie Luzak/Junuzović 2019, p. 99.

48 Vgl. ook HvJ EU 20 april 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311 (*Portugese levensverzekeringsovereenkomst*), punten 29-31 en 34, waar het Hof van Justitie overweegt dat het transparantievereiste vergt dat de consument voor contractsluiting kennis kan nemen van *alle* bedingen van de overeenkomst en dat daarbij niet relevant is of het gaat om kernbedingen of om andere bedingen.

49 Zie daarover M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, derde druk 2018, nr. 106-107; in deze zin ook Terryn 2017, p. 19.

50 Ook A-G W.L. Valk in zijn conclusie van 12 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:769 (*Stichting Intermaris*), punt 3.13, spreekt over de uit het transparantievereiste voortvloeiende informatieplicht, al plaatst hij deze niet met zoveel woorden in het licht van artikel 6:233 onder b en 234 BW.

“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 was van een vaststelling in de zin van artikel 7:900 BW geen sprake, en was de bezwaartermijn die in de laatste zin van het beding is opgenomen, geen vervaltermijn. Dat betekende volgens haar dat wanneer de bezwaartermijn ongebruikt was verstreken, het aan de verzekerde was om aan te tonen dat het standpunt van de verzekeraar ter zake van de mate van arbeidsongeschiktheid onjuist was. De consument stelde echter dat het beding een vervaltermijn bevat en dat zij na het verstrijken daarvan geacht werd met de vaststelling van de uitkering te hebben ingestemd.⁵⁷

Toepassing van de *contra proferentem*-regel betekent hier dat het standpunt van de verzekeraar gevolgd moet worden – in die uitleg bevatte het beding immers (hooguit) een bewijsregel – terwijl in de lezing van de consument het zou gaan om het verval van het recht om zich te verzetten tegen de vastgestelde mate van arbeidsongeschiktheid en de omvang van de uitkering en de duur van de periode waarop de vaststelling zou gelden. De Hoge Raad paste inderdaad de *contra proferentem*-regel toe en constateerde vervolgens dat het beding de consument niet belette om het standpunt van de verzekeraar ter beoordeling aan een klachtencommissie of de rechter voor te leggen, ook niet indien de consument de in het beding genoemde bezwaartermijn niet had benut. “Aldus uitgelegd komt aan de bezwaartermijn geen afzonderlijke betekenis toe.”⁵⁸ Vervolgens oordeelde de Hoge Raad dat het beding aldus uitgelegd niet onredelijk bezwarend was, hoewel het beding op een aantal punten leidde tot een (lichte) verslechtering van de positie van de consument.⁵⁹

Toepassing van de *contra proferentem*-regel leidde er dus toe dat het beding in stand werd gelaten. Indien de Hoge Raad echter de lezing van de consument had gevolgd, was er sprake geweest van een vervalbeding dat op grond van artikel 6:237 onder g BW vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, en daarmee mogelijk op grond van artikel 6:233 onder a BW vernietigd zou kunnen worden. Dat maakt duidelijk dat de volgorde waarin de beide instrumenten worden toegepast – toetsing aan artikel 6:233 BW of toepassing van de *contra proferentem*-regel – tot verschillende resultaten kan leiden.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het transparantievereiste vooral moet worden gezien in het licht van de beoordeling of een beding oneerlijk is.⁶⁰ In *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU* overwoog het Hof van Justitie dat “het oneerlijke karakter van een dergelijk beding [kan] volgen uit een formulering die niet voldoet aan het in artikel 5 van richtlijn 93/13 gestelde vereiste dat het duidelijk en begrijpelijk moet zijn opgesteld (...)”.⁶¹ In *VB e.a./BNP Paribas e.a.* maakte het Hof van Justitie duidelijk dat het transparantievereiste “een van de elementen [is] waarmee rekening moet worden gehouden bij de door de nationale rechter krachtens artikel 3, lid 1, van die richtlijn uit te voeren beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding”.⁶²

De rechtspraak van het Hof van Justitie gaat daarmee duidelijk in de richting die door het *Bundesgerichtshof* wordt voorgestaan.⁶³ In die benadering moet het beding in eerste instantie in het voordeel van de *handelaar*, dus ten nadele van de consument, worden uitgelegd (‘kundenfeindlichsten Auslegung’). Het zo uitgelegde beding wordt getoetst aan de open norm van (bij ons) artikel 6:233 onder a BW en zal dan mogelijk onredelijk bezwarend worden geacht. 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.⁶⁴ Waelkens stelt mijns inziens terecht dat dit ook op basis van de Richtlijn oneerlijke bedingen de juiste toepassing van de *contra proferentem*-regel is.⁶⁵ In het door de Hoge Raad beoordeelde geval zou dit betekenen dat eerst zou worden beoordeeld of het beding een onredelijk bezwarend vervalbeding bevatte. Alleen wanneer de handelaar erin geslaagd zou zijn te bewijzen dat het beding geen *onredelijk bezwarend vervalbeding* was, zou het de inhoudstoetsing doorstaan. In dat geval zou *alsnog* de *contra proferentem*-regel worden toegepast en zou de in het beding opgenomen bezwaartermijn geen afzonderlijke betekenis blijken te hebben.

57 Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.7.3.
58 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.8.4.
59 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68 (*Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering*), r.o. 3.8.5-3.8.7.

60 In deze zin ook J.H.M. Spanjaard, ‘Negatieve rente op consumentenspaarsaldo een Europese no-go?’, *Contracteren* 2016/4, p. 95; Terryn 2017, p. 21-22.
61 HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, NJ 2018/188, m.nt. Th.M. de Boer (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU*), punt 68.
62 HvJ EU 10 juni 2021, gevoegde zaken C-776/19 t/m C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (*VB e.a./BNP Paribas e.a.*), punt 94; in deze zin ook HvJ EU 18 november 2021, C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934 (*M.P. en B.P./Bank A*), punt 58. Vgl. in deze zin ook Europese Commissie, Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pub. EU* 2019, C 323/4, p. 34.
63 Zie ook M.H. Wissink, ‘Meebewegen met de Europese rechtspraak over de gevolgen van oneerlijke consumentenvoorwaarden’, *WR* 2022/8, p. 588, die voorzichtig een vergelijkbaar standpunt in lijkt te nemen.
64 Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld BGH 12 mei 2016, VII ZR 171/15, *BGHZ* 210, 206, *NJW* 2016, 2878; BGH 20 juli 2017, VII ZR 259/16, *NJW* 2017, 2762; zie ook E. Gottschalk, ‘Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen’, *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (2006), p. 577-578, met verwijzingen naar lagere rechtspraak.
65 Zie J. Waelkens, ‘Article 5 Unfair Terms Directive 93/13/EEC: transparency and interpretation in consumer contracts’, in: M.B.M. Loos & I. Samoy (eds.), *Information and notification duties*, Cambridge/Antwerp/Portland, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 68; zo impliciet ook E. Neppelenbroek, ‘De verstreking van juridische voorwaarden in het voorportaal van de cloud’, *Contracteren* 2020/4, p. 138, die stelt dat als de eerste horde (het transparantievereiste) is genomen, de tweede horde (*contra proferentem*-regel) wacht.

Daar komt bij dat de *contra proferentem*-regel alleen kan worden toegepast in gevallen waar de onduidelijkheid erin bestaat dat een beding op twee plausibele wijzen kan worden uitgelegd. Die mogelijkheid bestaat niet wanneer de onduidelijkheid geen betrekking heeft op de uitleg van het beding, maar op andere omstandigheden. Zo kan de *contra proferentem*-regel niet worden toegepast om de onduidelijkheid weg te nemen over de totale hoogte van de kosten die een consument zal moeten betalen voor de werkzaamheden van de advocaat die alleen uurtarief heeft genoemd. En ook de onduidelijkheid over de werking van het wisselkoersrisico bij een kredietovereenkomst in vreemde valuta wordt niet weggenomen door het beding consumentvriendelijk uit te leggen. In dit soort gevallen betreft het gebrek aan transparantie veel meer de inhoud van het beding en leidt het ertoe dat de consument geen geïnformeerde beslissing kan (of heeft kunnen) nemen over de contractsluiting.

De hiervoor verdedigde benadering – eerst inhoudstoetsing, pas daarna (eventueel) toepassing van de *contra proferentem*-regel – betekent wel dat voor de *contra proferentem*-regel nog maar weinig ruimte lijkt te zijn: van een beding dat redelijkerwijs voor meer dan een uitleg vatbaar is, kan de consument de economische gevolgen niet overzien, zodat het beding per definitie intransparant en daarmee al snel onredelijk bezwarend zal zijn.

3.2 Onredelijk bezwarendheid?

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt wel dat het *enkele* feit dat een beding niet transparant is, niet automatisch betekent dat het beding ook oneerlijk is. Of dat het geval is, dient te worden bepaald aan de hand van een algehele beoordeling van het beding, waarbij ook naar andere factoren wordt gekeken, zoals de andere in de overeenkomst opgenomen bedingen en de mate waarin het beding ten nadele van de consument afwijkt van het aanvullende recht.⁶⁶ De rechtspraak van de Hoge Raad sluit daarbij aan: het *enkele* feit dat de consument voor contractsluiting geen duidelijke en begrijpelijke informatie heeft verkregen over de verschillen tussen een arbitrale en een gerechtelijke procedure, dwingt er op zichzelf niet toe het arbitrale beding oneerlijk te oordelen.⁶⁷ Wanneer het arbitraal beding de consument de mogelijkheid biedt om binnen dertig dagen nadat de handelaar een beroep op het beding heeft gedaan te kiezen voor beslechting van het geschil door de burgerlijke

rechter, en de handelaar verstrekt de informatie over de verschillen tussen de beide soorten procedures, beschikt de consument immers over de relevante informatie om op dat moment een geïnformeerde keuze te maken. Wanneer het beding de consument niet het recht biedt om op dat moment alsnog te kiezen voor beslechting van het geschil door de burgerlijke rechter, is het echter om die reden onredelijk bezwarend.⁶⁸

Een voorbeeld van de situatie waarin de handelaar erin is geslaagd te bewijzen dat het intransparante beding *niet* onredelijk bezwarend is, biedt een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden.⁶⁹ Het ging in die zaak om een beding op grond waarvan de consument bevoegd was om een hypothecaire lening over te sluiten teneinde te kunnen profiteren van een rentedaling, maar dat haar verplichtte in dat geval een rentedervingsvergoeding aan de bank te betalen. Volgens het hof kon de gemiddelde consument niet begrijpen hoe de rentedervingsvergoeding zou worden berekend. Dat neemt niet weg, aldus het hof, dat de bank erop mocht vertrouwen dat de consument met het beding zou hebben ingestemd als daarover op een eerlijke en billijke wijze zou zijn onderhandeld, omdat het beding voor de consument het recht (en niet de verplichting) meebracht om ondanks de rentevaste periode toch te profiteren van een rentedaling. Het gebrek aan transparantie legde daarom volgens het hof onvoldoende gewicht in de schaal om het beding in zijn geheel als oneerlijk te beschouwen. In cassatie bevestigde de Hoge Raad deze opvatting van het hof.⁷⁰ In deze zaak waren de positieve effecten die het beding (ook) zou hebben voor de consument dan ook duidelijk aantoonbaar.

Van een *automatische* koppeling tussen de schending van het transparantievereiste en het oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is, is dus geen sprake. Mijns inziens zou het uitgangspunt wel moeten zijn dat een onduidelijk en onbegrijpelijk beding als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, tenzij de handelaar het tegendeel aannemelijk maakt.⁷¹ Het gaat in dit soort gevallen immers om een beding dat (zelfs) voor de ‘gemiddelde consument’ – in de betekenis die het Hof van Justitie aan die term toekent, dus voor een oplettende en voorzichtige consument die de algemene voorwaarden zou hebben gelezen – niet goed te begrijpen is en waarvan zij dus de economische gevolgen niet goed heeft kunnen inschatten. Bij een intransparant beding zijn ook het besluitvormingsbelang (*informed consent*) en het gedragsafstemmingsbelang in gevaar gekomen. Mijns inziens brengt dit mee dat een intransparant beding alleen in uitzonderlijke gevallen *niet* onredelijk bezwarend kan worden geacht: de mogelijke positieve effecten van het beding moeten in een dergelijk geval eenvoudig duidelijk

66 HvJ EU 12 januari 2023, C-395/21, ECLI:EU:C:2023:14 (*Honorarium Litouwse advocaat*), punten 47 en 49.

67 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305, m.nt. H.J. Sniijders (*Stichting Intermaris(X)*); in deze zin ook HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1388 (*X/Volksbank*), welk arrest een bevestiging vormt van Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7801 (*X c.s./Volksbank*). Zie verder onder meer ook Hof Amsterdam 11 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1365 (*Vergoedingsbeding openbreken rentevaste periode ABN Amro*); Hof Den Haag 8 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2281 (*HQ Hypotheken*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 13 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3554 (*Doorlopend krediet Eurofintus*); Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 22 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2176 (*Brandverzekering bij hennepkwekerij*); Rb. Rotterdam 5 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:210 (*Wijzigingsbeding HQ Hypotheken*).

68 Zie artikel 6:236 onder n BW.

69 Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7801 (*X c.s./Volksbank*).

70 HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1388 (*X/Volksbank*).

71 In vergelijkbare zin Spanjaard 2016, p. 120; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 443; Neppelenbroek 2020, p. 138; Van Boom 2023, p. 303. Zie ook Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 20 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6736 (*X/TAF B.V.*).

te maken zijn voor de handelaar. Het verdient aanbeveling om de relatie tussen de schending van het transparantievereiste en de toetsing aan artikel 6:233 onder a BW tot uitdrukking te brengen in de tekst van artikel 6:238 lid 2 BW.⁷² Daarmee zou het Nederlandse recht ook aansluiten bij het Duitse recht, waar § 307 lid 1, tweede zin, BGB met zoveel woorden bepaalt dat de onredelijk bezwarendheid ook *kan* voortvloeien uit het enkele feit dat het beding niet transparant is.⁷³

3.3 Schending van de informatieplicht?

Wanneer er sprake is van een gebrek aan *formele transparantie* lijkt het voor de hand te liggen om aan te sluiten bij de informatieplicht van artikel 6:233 onder b en 234 BW. Dat is evident wanneer de algemene voorwaarden niet zijn verstrekt, maar ligt mijns inziens ook voor de hand als het gaat om algemene voorwaarden die formeel wel aan de consument zijn verstrekt, maar waarvan de consument feitelijk geen kennis kan nemen omdat zij onleesbaar zijn door een beschadiging of de wijze waarop zij zijn afgedrukt of gepresenteerd. Het voordeel van deze benadering is dat niet hoeft te worden beoordeeld of een in die set algemene voorwaarden opgenomen beding onredelijk bezwarend is: de schending van de informatieplicht rechtvaardigt de vernietiging van het beding, ongeacht of het beding redelijk of onredelijk is. Daarmee biedt artikel 6:233 BW bescherming aan consumenten die boven het door de richtlijn vereiste minimum uitgaat.⁷⁴ Deze benadering heeft als bijkomend voordeel dat de vérgaande consequenties die het Hof van Justitie op grond van artikel 6 van de Richtlijn oneerlijke bedingen verbindt aan het gebruik van een oneerlijk beding, kunnen worden voorkomen. Volgens die rechtspraak mag een oneerlijk (of, in de terminologie van het BW: onredelijk bezwarend) beding niet worden vervangen door een bepaling van aanvullend recht.⁷⁵ Bij (zo nodig ambtshalve) vernietiging van de algemene voorwaarden op de voet van artikel 6:233 onder b BW hoeft echter niet (nog) te worden vastgesteld of de bedingen oneerlijk zijn, zodat die consequentie niet van toepassing lijkt te zijn.⁷⁶ Daarmee wordt

ook hetzelfde resultaat bereikt als onder het Duitse⁷⁷ en Belgische⁷⁸ recht, waar het transparantievereiste meebrengt dat de algemene voorwaarden in een dergelijk geval geen deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst.

4. Conclusie

In dit artikel stond de vraag centraal welke eisen voortvloeien uit het transparantievereiste en wat de gevolgen zijn van een schending van het transparantievereiste. In paragraaf 2 is duidelijk gemaakt dat de functie van het transparantievereiste erin bestaat de gemiddelde consument op het moment van de contractsluiting (en zo nodig ook op een later moment) in staat te stellen haar rechtspositie te beoordelen. Die functie is nauw verbonden met de gedachte dat de consument op het moment van contractsluiting een geïnformeerde beslissing moet kunnen nemen over de sluiting van de overeenkomst. Uit deze functie vloeit logischerwijs voort dat de in de algemene voorwaarden opgenomen bedingen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk moeten zijn, maar dat dat op zich nog niet voldoende is. Vereist is dat de consument de bedingen ook inhoudelijk moet kunnen begrijpen. Daarvoor is vereist dat de gemiddelde consument de economische gevolgen die het beding heeft, kan begrijpen. Dat stelt dus materiële eisen aan de in de bedingen gebruikte woorden. Ten slotte is duidelijk geworden dat ook de leesbaarheid van de algemene voorwaarden een factor is die moet worden betrokken bij de vraag of de daarin opgenomen bedingen aan het transparantievereiste voldoen. Dat betekent dat het document waar de bedingen in zijn opgenomen toegankelijk moet zijn, de tekst niet beschadigd mag zijn, en de presentatie in vorm, kleur en lettergrootte zodanig moet zijn dat de gemiddelde consument of, als de algemene voorwaarden bestemd zijn voor een bepaalde groep consumenten, het gemiddelde lid van die groep kennis kan nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden.

In paragraaf 3 is duidelijk geworden dat een intransparant beding *eerst* aan de inhoudscontrole van artikel 6:233 onder a BW moet worden onderworpen, en dat alleen als het beding niet onredelijk bezwarend blijkt te zijn, de *contra proferentem*-regel kan worden toegepast. In gevallen waarin niet voldaan is aan de eisen van transparantie in formele zin is toepassing van de vernietigingsgrond van artikel 6:233 onder b BW (schending van de informatieplicht) mogelijk een beter alternatief dan vernietiging op grond van artikel 6:233 onder a BW (onredelijk bezwarendheid), omdat in het laatste geval bij consumentenovereenkomsten ook niet mag worden teruggevallen op het aanvullende recht.

72 Pavillon 2013, nr. 31; C.M.D.S. Pavillon, 'De aanpak van verrassende bedingen onder het nieuw BW: de mazen van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden', *WPNR* 7133/2017, p. 60.

73 Zie reeds BGH 22 november 1995, VIII ZR 57/95, *NJW* 1996, 455; BGH 9 februari 1997, XI ZR 149/96, *NJW* 1997, 1068; BGH 29 april 2015, VIII ZR 104/14, *NJW* 2015, 2244. Voor zover daarmee verdergaande bescherming aan consumenten wordt geboden dat op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen vereist is, is dat toegestaan nu de richtlijn uitgaat van minimum-harmonisatie. Effectief hetzelfde resultaat bereiken sommige feitenrechters in België wanneer zij oordelen dat onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen geacht worden geen deel uit te maken van de contractuele relatie en dus niet afdwingbaar zijn, zie J. Schraeyen, (ed.), E. Enkels, S. van den Broeke & T. de Clerck, *Algemene voorwaarden*, Brussel/Gent: Larcier 2012, nr. 50.

74 Zo ook Terry 2017, p. 37.

75 Zie HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, *NJ* 2021/326, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 2021/5, p. 296, m.nt. T. Jonkers (*Dexia Nederland B.V.*).

76 Vgl. ook Terry 2017, p. 35-36.

77 Zie § 305 lid 2 BGB; zie bijvoorbeeld BGH 3 februari 1986, zaak II ZR 201/85, *NJW-RR* 1986, 1311, in welke zaak het Bundesgerichtshof (in een handels-overeenkomst!) oordeelde dat algemene voorwaarden geen deel uitmaken van de overeenkomst wanneer deze alleen met een loep leesbaar zijn (en dan nog alleen met moeite); zie ook M. Fornasier, randnummer 80 bij § 305 BGB, in: W. Krüger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht: Allgemeiner Teil I*, 9^e druk 2022, München: Beck.

78 Zie Terry 2017, p. 35, met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak.

Het transparantievereiste stelt dus belangrijke eisen aan een handelaar die gebruikmaakt van algemene voorwaarden. Als zij daar niet aan voldoet, loopt zij het risico dat een beding, of zelfs de hele set algemene voorwaarden, vernietigd wordt. De handelaar heeft er dus alle belang bij om bedingen in algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal te stellen. Glashelder toch?