



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden

Loos, M.B.M.

Published in:
ORP

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2014). Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden. *ORP*, 5(1), 23-31.

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.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<http://dare.uva.nl>)

Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden

PROF.MR. M.B.M. LOOS

Ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden vindt voornamelijk, maar niet uitsluitend, plaats in consumentenovereenkomsten. Er zijn echter ook bedingen in handelsovereenkomsten die ambtshalve getoetst kunnen worden.

1. Inleiding

In deze korte bijdrage ga ik in op de voorwaarden voor en redenen waarom ambtshalve toetsing volgens Hof van Justitie en Hoge Raad verplicht is in consumentenovereenkomsten en voor welke bedingen in handelsovereenkomsten hetzelfde zou kunnen gelden. Tot slot zal ik enkele aanbevelingen formuleren waar juristen rekening mee zouden kunnen houden bij het opstellen van algemene voorwaarden.

2. Vernietigbaarheid of nietigheid?

Artikel 6:233 onder a BW gaat ervan uit dat een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden (gehanteerd door een gebruiker tegenover een contractuele wederpartij) vernietigbaar is. De sanctie ‘vernietigbaarheid’ brengt met zich dat het beding tot het moment van vernietiging geldig is en het de ermee beoogde rechtsgevolgen heeft; pas door de vernietiging ontvalt de geldigheid aan het beding.¹ Op de vernietiging is de algemene regeling van de artikelen 3:49 en verder BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat de vernietiging zowel door de rechter als door middel van een buitengerechtelijke verklaring kan geschieden.² In beide gevallen lijkt vereist dat de wederpartij een *beroep* doet op de vernietigbaarheid, met andere woorden: dat zij actie onderneemt om zich te bevrijden van de gebondenheid aan een onredelijk bezwarend beding. In deze richting wees ook nog een arrest van de Hoge Raad uit 2010, waarin de Hoge Raad stelt dat de enkele stelling van een consument dat een beding ‘te ruim is geformuleerd’, onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een toetsing door het gerechtshof

van dat beding aan artikel 6:233 onder a BW.³ Deze uitspraak is opmerkelijk te noemen, te meer daar het in het arrest ging om een exoneratieclausule, welk beding in een consumentenovereenkomst (waarvan sprake was) vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, zodat het aan de gebruiker is om te betogen dat het beding in casu *niet* onredelijk bezwarend is.⁴

Een dergelijke benadering is voor consumentenovereenkomsten niet in overeenstemming met de richtlijn oneerlijke bedingen: uit artikel 6 lid 1 van de richtlijn vloeit volgens het Hof van Justitie voort dat een oneerlijk beding ‘de consument niet bindt en dat het daarvoor niet nodig is dat de consument een dergelijk beding tevoren met succes heeft betwist’.⁵ In vaste rechtspraak heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat de rechter gehouden is zo nodig⁶ ambtshalve te beoordelen of een beding onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt – en daartoe zo nodig ook informatie op te vragen teneinde te kunnen

1 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nrs. 479 en 489.

2 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën NBW nr. B-55, Kluwer, Deventer, derde druk 2010, nr. 44; Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 489.

3 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6024, NJ 2010, 454 m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis ASR Schadeverzekering N.V.*). Zie kritisch over dit arrest T.H.M. van Wechem, A.L.J.A. Schreuder, ‘Ambtshalve toetsing van een beding in polisvoorwaarden. Kritische kanttekeningen bij HR 23 april 2010 (LJN BL6024) in het licht van Europese jurisprudentie’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010/2, p. 78-79.

4 In deze zin 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, tweede druk, 2013 (nog te verschijnen), nr. 24.

5 HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, NJ 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 28.

6 Zo nodig: nu de norm van artikel 3 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen overeenkomt met de norm van artikel 6:233 onder a BW, bestaat er geen noodzaak tot (aanvullende) ambtshalve toetsing aan de richtlijn wanneer de consument zelf een beroep doet op de onredelijkbezwarendheid van een beding; vgl. HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007, 115 m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*).

bepalen of over het beding individueel is onderhandeld⁷ – en zo ja, of het onredelijk bezwarend (in de bewoordingen van de richtlijn: oneerlijk) is.⁸ Dat betekent dat indien de gebruiker een beroep op een beding in algemene voorwaarden doet ter onderbouwing van een vordering of standpunt, dan wel ter afwering van een vordering of standpunt van de consument, de rechter gehouden is ambtshalve zich een oordeel te vormen over de vraag of dat beding onredelijk bezwarend is, ook als de consument dat zelf niet heeft aangevoerd.⁹ De Hoge Raad heeft zich in het recente arrest Heesakkers/Voets¹⁰ expliciet bij deze oordelen van het Hof van Justitie aangesloten. Voor een dergelijk onderzoek bestaat *in ieder geval* aanleiding indien

te kunnen uitoefenen.¹³ De met de richtlijnen nagestreefde bescherming kan volgens het Hof niet worden bereikt indien de consument het oneerlijke karakter van een contractueel beding zelf aan de orde zou moeten stellen, omdat het risico bestaat dat hij dat uit onwetendheid of vanwege de hoogte van de kosten van de procedure nalaat.¹⁴ De verplichting tot ambtshalve toetsing dient ertoe het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.¹⁵ De aard en het gewicht van het openbaar belang waarop de door de richtlijnen aan de consument geboden bescherming berust, rechtvaardigen dat de rechter gehouden is tot de ambtshalve beoordeling of een beding oneerlijk is en dat de rechter zo nodig het gebrek aan evenwicht compenseert.¹⁶ Dit brengt bovendien mee dat de verplichting tot ambtshalve toetsing ook bestaat in verstekzaken,¹⁷ in gevallen waarin de consument als eiser optreedt en zelfs wanneer hij van rechtskundige bijstand door een advocaat is voorzien.¹⁸

4. Ambtshalve toetsing buiten het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke bedingen

De rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende ambtshalve toetsing betreft vooral geschillen op het gebied van algemene voorwaarden, maar is daartoe niet beperkt: naast de richtlijn oneerlijke bedingen is er soortgelijke rechtspraak over de colportage-richtlijn¹⁹ en de richtlijn

- 13 Vgl. bijvoorbeeld HvJ 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (*Océano*), punt 25; HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 22.
- 14 Vgl. bijvoorbeeld HvJ 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (*Océano*), punt 26; HvJ 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. M.R. Mok (*Codifis/Fredout*), punt 34; HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 23 en 30.
- 15 HvJ 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*), punt 36; HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 31; HvJ 30 mei 2013, zaak C-397/11, n.n.g., *RvdW* 2013, 930 (*Jörös/Aegon Magyarországi Hitel*), punt 25; HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, n.n.g., *RvdW* 2013, 931, *AB* 2013, 259 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven (*Asbeek Brusse en De Man Garabito/Jahani B.V.*), punt 38.
- 16 HvJ 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*), punt 38; HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 25.
- 17 HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, n.n.g., *NJ* 2012, 512 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2012/6, p. 285 m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Español de Crédito*), punt 48; zie ook uitdrukkelijk HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*), ro. 3.9.2.
- 18 Zie, ten aanzien van de richtlijn consumentenkrediet, HvJ 4 oktober 2007, zaak C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-8017 (*Rampion*).
- 19 Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1985, L 372/31, inmiddels vervangen door de richtlijn consumentenrechten. Zie in dit verband zie HvJ 17 december 2009, zaak C-227/08, *Jur.* 2009, p. I-11939, *NJ* 2010, 225 m.nt. M.R. Mok

De vraag rijst hoe de verplichting tot ambtshalve toetsing zich verhoudt tot het verbod voor de rechter om zich buiten de rechtsstrijd van partijen te begeven.

het gaat om een beding dat voorkomt op de Europese, blauwe lijst, juist omdat de Europese richtlijngever met die lijst heeft aangegeven dat ten aanzien van dit beding een verdenking van oneerlijkheid bestaat, zij het dat dit enkele feit nog niet betekent dat het beding *dus* oneerlijk is.¹¹ Gezien het arrest Heesakkers/Voet lijkt het aannemelijk dat ook in de opvatting van de Hoge Raad het arrest van 2010 als een misslag moet worden betiteld.

3. Waarom is ambtshalve toetsing verplicht?

Aan de rechtspraak van het Hof van Justitie ligt een aantal, elkaar aanvullende, overwegingen ten grondslag.¹² In de eerste plaats stelt het Hof dat de consumentenbeschermende Europese richtlijnen uitgaan van de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper of dienstverrichter opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed

- 7 Zie HvJ 9 november 2010, zaak C-137/08, *Jur.* 2010, p. I-10847, *NJ* 2011, 54 (*PéNZügyi Lizing*), punt 56; zie in dit verband ook R.H.C. Jongeneel, 'Het PéNZügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2011, p. 36; A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer, 2012, nrs. 301, 304.]
- 8 Deze verplichting geldt ook indien de consument van rechtsbijstand is voorzien, vgl. Hof van Justitie 4 oktober 2007, zaak C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 (*Rampion*), punt 65; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer, 2011, nr. 158.
- 9 In deze zin ook Rb. Rotterdam sector kanton 18 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN5171, *NJF* 2010, 395 (*Tele2 Nederland B.V./X*); vgl. ook Pavillon 2011, nr. 160.
- 10 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*).
- 11 In deze zin ook Pavillon 2011, nr. 159.
- 12 Zie hierover uitgebreid Ancery 2012, nrs. 179-196.

consumentenkrediet.²⁰ Ook ten aanzien van de richtlijn financiële diensten op afstand,²¹ de richtlijn consumentenrechten²² en de richtlijn consumentenkoop²³ zal, gezien de bewoordingen van deze richtlijnen, een verplichting tot ambtshalve toetsing gelden. Voor de hand liggend acht ik voorts de uitbreiding van de verplichting tot ambtshalve toetsing tot de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.²⁴

De verplichting tot ambtshalve toetsing is echter niet beperkt tot consumentenovereenkomsten. Een voorbeeld biedt artikel 7 van de richtlijn betalingsachterstand bij handelstransacties.²⁵ Lid 1 van dit artikel verplicht de lidstaten erin te voorzien dat een beding dat of een praktijk die met betrekking tot de datum of termijn voor betaling, de interestvoet voor betalingsachterstand of de vergoeding van invorderingskosten ‘een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser behelzen’, ‘hetzij niet afdwingbaar zijn, hetzij aanleiding geven tot een vordering tot schadevergoeding’. Jongeneel merkt terecht op dat uit de bewoordingen van (thans) artikel 7 lid 1 richtlijn betalingsachterstand af te leiden is dat de rechter ambtshalve moet toetsen of deze kennelijke onbillijkheid zich voordoet.²⁶ Ook lid 4 van dit artikel, op grond waarvan de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat een adequaat en doeltreffend middel

voorhanden is om te voorkomen dat het gebruik van contractuele bedingen en praktijken die ‘een kennelijke onbillijkheid behelzen’, wordt voortgezet, wijst hier mijns inziens op. Dat betekent dat de rechter gehouden is te toetsen of op kennelijk onbillijke wijze ten nadele van de schuldeiser is afgeweken van het bepaalde in de artikelen 6:96, 119a en 119b BW.

Ook de energiewetgeving kent bijzondere bepalingen betreffende algemene voorwaarden. Volgens artikel 95b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 Gaswet is de houder van een vergunning voor de levering van elektriciteit of gas aan kleinverbruikers – naast consumenten vallen hier ook kleine zakelijke wederpartijen onder²⁷ – gehouden om tegen redelijke voorwaarden zorg te dragen voor de levering van energie aan een kleinverbruiker die daarom verzoekt. De voorwaarden zijn daarbij in ieder geval niet redelijk als zij niet in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens artikel 95m Elektriciteitswet 1998 of artikel 52b Gaswet. Volgens deze laatste bepalingen dienen de algemene voorwaarden onder meer ‘transparant’ en ‘eerlijk’ te zijn, hetgeen onder meer betekent dat de algemene voorwaarden aan de eisen van de desbetreffende ministeriële regeling dienen te voldoen.²⁸ Voor de netbeheerder gelden soortgelijke verplichtingen.²⁹ Ook deze verplichtingen zijn terug te voeren op Europese richtlijnen.³⁰ Denkbaar is dat ook uit andere richtlijnen een verplichting tot ambtshalve toetsing zal worden afgeleid.³¹

5. Ambtshalve toetsing en de rechtsstrijd van partijen

Om de beoordeling van het beding te kunnen uitvoeren, is vereist dat de rechter feitelijk en rechtens daartoe over

(*Martin Martín*).

- 20 Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet, *PbEG* L 42/48, inmiddels vervangen door Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* 2008, L 133/66. Zie in dit verband HvJ 4 oktober 2007, zaak C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 (*Rampion*).
- 21 Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *PbEG* 2002, L 271/16.
- 22 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64.
- 23 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.
- 24 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEG* 2005, L 149/22.
- 25 Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEU* 2011, L 48/1. Deze richtlijn is omgezet bij Wet van 13 december 2012, *Stb.* 2012, 647, inwerkingtreding 16 maart 2013 (KB van 21 december 2012, *Stb.* 2013, 9).
- 26 Zie R.H.C. Jongeneel, *Algemene vernietigingsgronden; de open norm*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer, vijfde druk 2010, nr. 7.2, ten aanzien van de overeenkomstige bepalingen van artikel 3 van de oude richtlijn betalingsachterstand ((richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000, *PbEG* 2000, L 200/35).

- 27 Een kleinverbruiker is iemand met een aansluiting voor de levering van elektriciteit met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 Ampère respectievelijk iemand met een aansluiting op een net voor de levering van gas met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m3(n) per uur en een verwacht jaargebruik van minder dan 170.000 m3 gas; zie artikel 95a Elektriciteitswet 1998 respectievelijk artikel 43 Gaswet.
- 28 De thans geldende ministeriële regeling is de Regeling van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2004, nr. WJZ 4043743, houdende regels ten aanzien van de positie van de afnemers van elektriciteit en gas en ten aanzien van de monitoring van de leverings- en voorzieningszekerheid (Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet), *Stcrt.* 2004, 132, zoals nadien gewijzigd.
- 29 Zie artikel 26a Elektriciteitswet 1998 en 14 Gaswet.
- 30 Voor elektriciteit; Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/55; voor gas: Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEU* 2009, L 211/94.
- 31 Ancery 2012, nr. 197, suggereert mogelijke uitbreiding van de verplichting tot ambtshalve toetsing buiten het consumentenrecht naar de richtlijn agentuur (Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten, *PbEG* 1986, L 382/17) en naar arbeidsrechtelijke richtlijnen.

de noodzakelijke gegevens beschikt.³² Bij de beoordeling kan de rechter gebruikmaken van alle gegevens die zich in het dossier bevinden, ook als partijen daar niet zelf uitdrukkelijk een beroep op hebben gedaan.³³ Staan de relevante feiten niet alle vast, dan zal de rechter de instructie maatregelen moeten nemen die in dit verband nodig zijn om de volle werking van de richtlijn te verzekeren,

De rechter is gehouden ambtshalve te beoordelen of een beding onredelijk bezwarend is, ook als de consument dat zelf niet heeft aangevoerd.

wat betreft zowel de toepasselijkheid van die richtlijn, als de mogelijke oneerlijkheid van het beding. Daarbij dient de rechter het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen. Dat betekent concreet dat hij partijen in de gelegenheid dient te stellen zich over een en ander uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen.³⁴ Bij een verstek-zaak vindt het onderzoek plaats aan de hand van de dagvaarding. Ook in dat geval zal de rechter eventueel de instructie maatregelen moeten nemen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn te verzekeren, en zal hij het beginsel van hoor en wederhoor in acht moeten nemen en eiser in de gelegenheid stellen zich ter zake nader uit te laten en, zo nodig, zijn stellingen aan te passen.³⁵ De rechter behoeft – afgezien van het eventuele onderzoek naar de vraag of het wel gaat om een onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallend beding en niet om een individueel onderhandeld beding – evenwel niet zelf feitelijk onderzoek te verrichten.³⁶

De vraag rijst dan wel hoe de verplichting tot ambtshalve toetsing zich verhoudt tot de begrenzing van de civiele

procedure en meer in het bijzonder tot het verbod voor de rechter om zich buiten de rechtsstrijd van partijen te begeven. Artikel 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist ‘op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit’. Het artikel geeft invulling aan het beginsel van lijdelijkheid van de rechter en daarmee aan het beginsel van partij-autonomie. Een eerste vraag is dan wat ‘tot de rechtsstrijd van partijen’ behoort. Naar mijn mening behoort een beding in het kader van de verplichting tot ambtshalve toetsing reeds dan tot de rechtsstrijd van partijen indien de gebruiker een beroep heeft gedaan op het beding ter ondersteuning van een vordering of ter afwering van een vordering van de consument, ook al heeft de consument vervolgens niet, instemmend, of niet ter zake doende gereageerd op dit beroep. De in artikel 22 Rv vervatte substantiëringsplicht brengt bovendien mee dat wanneer de rechter de indruk heeft dat er een ‘impliciet’ beroep wordt gedaan op een beding in algemene voorwaarden, hij de gebruiker van dat beding kan vragen de opbouw van de vordering nader toe te lichten en indien daarbij een beroep op algemene voorwaarden wordt gedaan, deze in het geding te brengen.³⁷ Zo bezien treedt de rechter niet buiten de rechtsstrijd van partijen indien hij aan de beoordeling van het beding feiten en gegevens ten grondslag legt die partijen niet zelf aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd, maar die wel uit het dossier blijken.³⁸ Hij dient partijen zo nodig bovendien vragen te stellen en hen uit te nodigen tot het verschaffen van de voor de beoordeling benodigde informatie.³⁹

In appel ligt dit slechts ten dele anders. In het al eerder genoemde recente arrest Heesakkers/Voets⁴⁰ bevestigde de Hoge Raad dat het beginsel dat de rechter niet buiten de rechtsstrijd van partijen dient te treden, ook dan in acht dient te worden genomen als de rechter ambtshalve, en zo nodig buiten de grieven in appel om, tot toetsing van een mogelijk oneerlijk beding overgaat. Dat betekent concreet dat in appel ambtshalve toetsing niet geboden én niet geoorloofd is indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en de rechter daarom als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven. De verplichting tot ambtshalve toetsing geldt volgens de Hoge Raad dus ook in appel indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd, maar de rechter ten aanzien van een door hem te beslissen vordering, over de voor de toetsing noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van Richtlijn 93/13 valt en een beding bevat dat oneerlijk is in de hiervoor genoemde zin.

- 32 Zie in het bijzonder HvJ 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (*Océano*); HvJ 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. M.R. Mok (*Codifis/Fredout*); HvJ 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*); HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*); HvJ 6 oktober 2009, zaak C-40/08, *Jur.* 2009, p. I-9579, *NJ* 2010, 11 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2010/5, p. 213 m.nt. C. Mak (*Asturcom*); HvJ 9 november 2010, zaak C-137/08, *Jur.* 2010, p. I-10847, *NJ* 2011, 54 (*Pénzügyi Lízing*); HvJ 16 november 2010, zaak C-76/10, *Jur.* 2010, p. I-11557 (*Pohotovost*); HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, n.n.g., *NJ* 2012, 512 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2012/6, p. 285 m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Español de Crédito*); HvJ 21 februari 2013, zaak C-472/11, n.n.g., *NJ* 2013, 326 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2013/4, p. 172 m.nt. R.R.M. de Moor (*Banff Plus Bank*); HvJ 14 maart 2013, zaak C-415/11, n.n.g., *NJ* 2013, 374 m.nt. M.R. Mok (*Azzi*).
- 33 Vgl. in iets andere zin Ancery 2012, nr. 240-242, die stelt dat de rechter wel buiten de rechtsstrijd van partijen, maar niet buiten het dossier mag treden.
- 34 Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*), ro. 3.9.1.
- 35 Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*), ro. 3.9.2.
- 36 Zie in het bijzonder HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*); HvJ 9 november 2010, zaak C-137/08, *Jur.* 2010, p. I-10847, *NJ* 2011, 54 (*Pénzügyi Lízing*). In deze zin ook HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691.

37 Vgl. LOVCK-werkgroep 2010, p. 13.

38 Ancery 2012, nr. 242.

39 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*); vgl. ook Ancery 2012, nr. 301.

40 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*).

6. Gevolgen van het oordeel dat een beding oneerlijk is

Wanneer de rechter, al dan niet na ambtshalve toetsing, oordeelt dat het beding inderdaad onredelijk bezwarend is, dient hij het beding in beginsel buiten toepassing te laten. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt echter met zich dat wanneer de rechter na ambtshalve beoordeling van een beding van oordeel is dat het beding onredelijk bezwarend is, hij partijen hiervan in kennis stelt (daarbij aangevend welke informatie hij ambtshalve in aanmerking heeft genomen) en hen in de gelegenheid stelt hierover hun standpunt kenbaar te maken.⁴¹ Daarbij dient de rechter partijen ook te informeren over de gevolgen van het feit dat het beding oneerlijk is. Behoudens aanwijzingen voor het tegendeel kan hij er overigens van uitgaan dat de consument toepassing van de bescherming van de richtlijn wenst.⁴² Wanneer de consument na te zijn geïnformeerd over het oordeel van de rechter en van de gevolgen van het feit dat het beding oneerlijk is, in vrijheid vervolgens te kennen geeft dat hij toch wil dat het beding wordt toegepast, is de rechter daartoe gehouden.⁴³ Een dergelijke instemming met het onredelijk bezwarende beding kan met name aan de orde zijn indien het gaat om een onredelijk bezwarend forumkeuzebeding in een geval waarin de wederpartij-consument verschenen is,⁴⁴ maar ook wanneer het gaat om een oneerlijk en onduidelijk geformuleerd kernbeding, omdat een dergelijk beding in onlosmakelijk verband staat met de rest van de overeenkomst, wat betekent dat de nietigheid van het oneerlijke beding leidt tot nietigheid van de gehele overeenkomst. Dat resultaat kan voor de consument wel eens ongunstiger zijn dan de toepassing van het op zichzelf onredelijk bezwarende beding.⁴⁵

Tot voor kort bestond nog geen overeenstemming over de techniek op grond waarvan de rechter het na ambtshalve toetsing onredelijk bezwarend bevonden beding buiten toepassing dient te laten. De wetgever heeft duidelijk niet gekozen voor de meest voor de hand liggende sanctie – nietigheid van rechtswege door aanpassing van artikel 6:233 onder a BW.⁴⁶ Teneinde te voorkomen dat dit leidt tot

staatsaansprakelijkheid wegens incorrecte implementatie van de richtlijn zal de rechter de wetgever te hulp moeten schieten door middel van richtlijnconforme interpretatie van het bestaande recht. Daartoe kan hij grofweg van twee wegen gebruikmaken: toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW en toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW. Op grond van het eerste artikel leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot bescherming van een van de partijen tot vernietigbaarheid, tenzij uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Richtlijnconforme interpretatie van deze bepaling biedt ruimte voor ambtshalve vernietiging van algemene voorwaarden.⁴⁷ Ook richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:248 lid 2 BW – dat eveneens ambtshalve dient te worden toegepast⁴⁸ – kan ertoe leiden dat de consument niet gebonden is aan het beding. De Hoge Raad heeft in het arrest Heesakkers/Voets duidelijk gemaakt dat op basis van het Europese recht in beginsel de eerste benadering dient te worden gevolgd: de Raad stelde letterlijk ‘dat indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, hij gehouden is het beding te vernietigen’.⁴⁹

7. Gevolgen van de vernietiging van het oneerlijke beding

Uit artikel 3:41 BW volgt dat het Nederlandse recht ervan uitgaat dat de overeenkomst blijft voortbestaan zonder de door de vernietiging getroffen bedingen. Automatische algehele nietigheid van de overeenkomst waar volstaan zou kunnen worden met de nietigheid van het onredelijk bezwarende beding, zou ook in strijd zijn met de richtlijn oneerlijke bedingen. Artikel 6 lid 1 van deze richtlijn bepaalt immers dat slechts wanneer de overeenkomst niet zonder de oneerlijke bedingen zou kunnen voortbestaan, algehele nietigheid mogelijk is. Uitgangspunt is daarbij een objectieve beoordeling, zodat ook wanneer de consument de voorkeur zou geven aan algehele nietigheid, restgeldigheid van de overeenkomst het uitgangspunt blijft.⁵⁰

Artikel 3:41 BW maakt één uitzondering op de hoofdregel dat de overeenkomst blijft voortbestaan zonder het nietige gedeelte: de overeenkomst gaat wel in zijn geheel teniet als sprake is van een ‘onverbrekelijk verband’ tussen het nietige

41 HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, n.n.g., *RvdW* 2013, 931, *AB* 2013, 259 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven (*Asbeek Brusse en De Man Garabito / Jahani B.V.*), punt 52. Ancery 2012, nr. 231, 233, voert terecht aan dat op deze wijze ook wordt voldaan aan het met artikel 24 Rv gewaarborgde beginsel van partij-autonomie.

42 Vgl. Ancery 2012, nr. 314.

43 Zie HvJ 4 juni 2009, zaak C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. M.B.M. Loos (*Pannon*), punt 33 en 35; HvJ 21 februari 2013, zaak C-472/11, n.n.g., *NJ* 2013, 326 m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2013/4, p. 172 m.nt. R.R.M. de Moor (*Banif Plus Bank*), punten 27, 29-31, 35.

44 Zoals ten grondslag lag aan het *Pannon*-arrest; in deze zin ook Ancery 2012, nrs. 243 en 247.

45 Te denken valt aan de nietigheid van het beding op basis waarvan de prijs bij een kredietovereenkomst zou moeten worden bepaald, omdat de nietigheid van de overeenkomst meebrengt dat het gehele uitgeleende bedrag direct door de financier kan worden teruggevorderd.

46 Zoals op goede gronden bepleit door C.E. Drion, ‘Een pamflet voor het

fundamenteel op de schop nemen van onze regelgeving over algemene voorwaarden’, *Contracteren* 2007/1, p. 2-3.

47 Vgl. Wissink 2001, nr. 467; Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 321; V. van den Brink, ‘Dwingend karakter van afd. 6.5.3, de vernietigbaarheid van bedingen’, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.4.

48 Hijma 2010, nr. 44a; Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.4.

49 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013, 1060 (*Heesakkers/Voets*), ro. 3.7.3.

50 HvJ 15 maart 2012, zaak C-453/10, n.n.g., *NJ* 2012, 330 m.nt. M.R. Mok (*Pereničová en Perenič/SOS financ spol. s r. o.*), punt 32. Nu de richtlijn uitgaat van minimumharmonisatie staat het de lidstaten echter vrij om, indien dit in het belang van consumenten zou zijn, te bepalen dat de nietigheid van het beding wel tot nietigheid van de overeenkomst leidt, zie HvJ 15 maart 2012, zaak C-453/10, n.n.g., *NJ* 2012, 330 m.nt. M.R. Mok (*Pereničová en Perenič/SOS financ spol. s r. o.*), punt 34.

beding en het resterende deel van de overeenkomst.⁵¹ Van een dergelijk ‘onverbrekelijk verband’ tussen het nietige beding en het resterende deel van de overeenkomst kan slechts sprake zijn indien het beding van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder het beding niet kan bestaan. De wettelijke regeling van afdeling 6.5.3 BW brengt mee dat van een dergelijk verband slechts sprake kan zijn indien het nietige beding een kernbeding is dat niet overeenkomstig artikel 6:248 lid 1 BW kan worden vervangen door het aanvullend recht. Daarbij zij opgemerkt

De verplichting tot ambtshalve toetsing kan ook gelden voor handelsovereenkomsten.

dat een kernbeding alleen dan op grond van artikel 6:233 onder a of b vernietigbaar kan zijn, indien het onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd, aangezien een duidelijk en begrijpelijk kernbeding blijkens de omschrijving van artikel 6:231 onder a BW niet onder het begrip ‘algemene voorwaarden’ valt.⁵²

Ook bij de vraag of een *beding* geheel of partieel nietig is, speelt artikel 3:41 BW een rol.⁵³ Daarbij wordt in de eerste plaats onderscheid gemaakt tussen splitsing en reductie van onredelijk bezwarende bedingen. Een *splitsbaar* beding is een beding waarin uiteenlopende zaken worden geregeld. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om bedingen als: ‘Betaling dient binnen 14 dagen te geschieden; opschorting van de betaling is niet toegestaan.’ Het tweede zinsdeel betreft een contractuele uitsluiting van de opschortingsbevoegdheid, hetgeen in een overeenkomst met een consument een zwart beding is (artikel 6:236 onder c BW). Tegen het eerste zinsdeel bestaan daarentegen weinig bezwaren. Dit onderdeel kan bovendien heel goed zelfstandig voortbestaan; het is min of meer toevallig dat dit onderdeel in hetzelfde artikel voorkomt als de onredelijk bezwarende uitsluiting van de opschortingsbevoegdheid. Tegen partiële nietigheid van het beding – dat wil zeggen: beperking van de vernietiging tot het eerste zinsdeel – bestaan hier geen bezwaren.⁵⁴

Bij *reductie* van een beding wordt de omvang van de nietigheid beperkt tot het ‘te ver gaande’ gedeelte van het

beding, terwijl het beding van kracht blijft in die mate waarin het beding nog (net) wel toelaatbaar is.⁵⁵ Het beding ‘Aansprakelijkheid voor door schuld veroorzaakte schade is uitgesloten’ zou dan worden vernietigd voor zover het gaat om door opzet of bewuste roekeloosheid van de gebruiker veroorzaakte schade, maar in stand kunnen worden gelaten voor schade die is veroorzaakt door ‘lichte schuld’ van de gebruiker of door schuld van niet-leidinggevende medewerkers van de gebruiker. Bij reductie loopt de gebruiker geen risico bij het opnemen van wellicht ontoelaatbare bedingen: wanneer een beding (net) iets te ver gaat, brengt de rechter het beding ‘vanzelf’ terug tot wat nog wel toelaatbaar is.⁵⁶ Enige aansporing om ervoor te zorgen dat het beding binnen de grenzen van het toelaatbare blijft, ontbreekt dan. Van de gedachte dat de opname van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden moet worden voorkomen, komt daarmee weinig terecht.⁵⁷ Ook zou reductie de wederpartij de mogelijkheid ontnemen om zich een goed beeld te vormen van de rechten en plichten die voortvloeien uit de overeenkomst. Zowel het transparantiebeginsel als het dossierbelang brengt mijns inziens dan ook mee dat deze techniek moet worden verworpen.⁵⁸ Met de gerechtvaardigde belangen van de gebruiker bij gedeeltelijke instandhouding van een beding kan voldoende rekening worden gehouden bij de (beperkte) mogelijkheid tot conversie en, vooral, bij de toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵⁹

Inmiddels heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat reductie in ieder geval ten aanzien van in consumentenovereenkomsten gehanteerde oneerlijke bedingen niet is toegestaan. In het arrest *Banco Español de Crédito*

51 Zo ook reeds de heersende rechtspraak onder het oude recht, zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 645.

52 Zie hiervoor, nrs. 11-14.

53 Zo ook Jongeneel 1991, nr. 254, 269; Mölenberg 1995, p. 216; Sandee 1995, p. 143; Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.5.

54 Jongeneel 1991, nr. 269; Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.5. In deze zin ook A-G Keus in zijn conclusie voor het arrest HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1677, NJ 2012, 334 m.nt. L.C.A. Verstappen (Van Sundert/Gemeente Breda), punt 2.9. Ik begrijp ook de annotatie van Verstappen, onder nr. 9, in deze zin. Zie voor het Duitse recht in deze zin ook H. Schmidt, in: G. Christensen, A. Fuchs, M. Habersack, C. Schäfer, H. Schmidt, A. Witt, *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKLaG*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 11. neu bearbeitete Auflage, 2011, nr. 12 bij § 306 BGB.

55 De techniek heeft geen of vrijwel geen relevantie voor bedingen die nietig zijn geoordeeld wegens schending van de informatieplicht, nu niet goed voorstelbaar is dat een beding deels wel, deels niet ter hand is gesteld of toegezonden.

56 In deze zin – met betrekking tot conversie – Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1588; zie in dat kader ook Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.7. Reductie wordt op juist deze gronden in Duitsland verworpen, BGH 17 mei 1982, VII ZR 316/81, BGHZ 84, 109, NJW 1982, 2309; BGH 3 november 1999, VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (vaste rechtspraak); zie voorts ook H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nrs. 14-15b bij § 306 BGB, met uitgebreide verwijzingen naar andere literatuur.

57 BGH 17 mei 1982, VII ZR 316/81, BGHZ 84, 109, NJW 1982, 2309; BGH 19 september 1983, VIII ZR 84/82, NJW 1984, 48 (vaste rechtspraak).

58 Zie uitgebreid over reductie M.B.M. Loos, ‘Partiële nietigheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden’, *WPNR* 6260 (1997), p. 155-159, en M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst; Algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten*, diss. Utrecht, Kluwer, Deventer: Kluwer, 1998, p. 210-219, waar argumenten voor en tegen de techniek worden besproken. In deze zin ook Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.7. Nadrukkelijk anders: Hijma 2010, nr. 45, voor zover het gaat om bedingen die ‘slechts in beperkte mate’ betrekking hebben op onredelijke casus, maar verder voornamelijk redelijke casus betreffen.

59 Reductie wordt in Duitsland overigens ook in commerciële relaties afgewezen, BGH 3 november 1999, VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (betreffende de looptijd van een afname-overeenkomst van een tankstation bij een leverancier van benzineproducten).

overwoog het Hof dat artikel 6 lid 1 van de richtlijn oneerlijke bedingen aan de rechter nadrukkelijk niet de bevoegdheid toekent om de inhoud van een oneerlijk beding te herzien. Wanneer de rechter die bevoegdheid wel zou hebben, zou dat ertoe kunnen leiden dat de voor handelaren afschrikwekkende werking van het buiten toepassing laten van het beding wordt uitgeschakeld. Daarmee zou het langetermijndoel van de richtlijn – geen oneerlijke bedingen meer in consumentenovereenkomsten – in gevaar kunnen komen, omdat handelaren in de verleiding zouden komen om oneerlijke bedingen te blijven gebruiken in de wetenschap dat ook al mochten deze ongeldig worden verklaard, de overeenkomst niettemin voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld. Dat zou betekenen dat de bescherming die aan consumenten wordt geboden, geringer is dan wanneer de bedingen buiten toepassing zouden worden gelaten.⁶⁰ Om dezelfde reden is bij een oneerlijk boetebeding matiging – wat in feite neerkomt op reductie in het concrete geval – niet toegestaan: een dergelijk boetebeding dient in zijn geheel nietig te worden verklaard.⁶¹

Volgens artikel 3:42 BW is *conversie* van een nietige rechtshandeling mogelijk indien partijen bij wetenschap van de nietigheid van de rechtshandeling, gekozen zouden hebben voor een andere rechtshandeling die wel geldig zou zijn geweest. In de parlementaire geschiedenis is uitdrukkelijk erkend dat deze bepaling in beginsel kan worden toegepast op bedingen in algemene voorwaarden die wegens hun onredelijk bezwarend karakter vernietigd zijn, zij het dat het instrument met enige voorzichtigheid dient te worden gehanteerd.⁶²

Tegen de mogelijkheid tot conversie pleiten grotendeels dezelfde argumenten als tegen reductie. Uit de arresten *Banco Español de Crédito* en *Asbeek Brusse* van het Hof van Justitie blijkt dat conversie in ieder geval voor consumentenovereenkomsten niet is toegestaan, omdat de richtlijn oneerlijke bedingen aan de rechter nadrukkelijk niet de bevoegdheid toekent om de inhoud van een oneerlijk beding te herzien, terwijl dat nu juist wel gebeurt bij conversie.⁶³

60 HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, n.n.g., NJ 2012, 512 m.nt. M.R. Mok, TvC 2012/6, p. 285 m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Español de Crédito*), punten 65, 69-70.

61 HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, n.n.g., RvdW 2013, 931, AB 2013, 259 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven (*Asbeek Brusse en De Man Garabito /Jahani B.V.*), punten 57-60. In deze zin reeds Rb. Assen sector kanton 20 juli 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BN4807, NJF 2010, 368 (*Visa Card Services/X*); Rb. Middelburg sector kanton locatie Terneuzen 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BL7332 (*E.On. Benelux Levering B.V./Z*); anders nog HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007, 115 m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*).

62 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1587.] Conversie van vernietigde grijze en zwarte bedingen acht de wetgever evenwel niet mogelijk, omdat de gebruiker dan geen risico zou lopen met de opname van het beding. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1588.

63 De richtlijn oneerlijke bedingen verzet zich daar immers volgens het Hof van Justitie tegen, zie HvJ 14 juni 2012, zaak C-618/10, n.n.g., NJ 2012,

Wanneer geen sprake is van een splitsbaar beding, zal de vernietiging van een beding derhalve in beginsel dienen te leiden tot algehele nietigheid van het beding.⁶⁴ De in dat geval door de vernietiging ontstane leemte in de overeenkomst, zal moeten worden opgevuld overeenkomstig artikel 6:248 lid 1 BW. Waar aanvullend recht aanwezig is, ligt het voor de hand dat dit zal worden toegepast.⁶⁵ Toepassing van het aanvullend recht leidt echter niet steeds tot een passende regeling voor de door partijen gesloten overeenkomst, omdat het niet altijd even goed is toegesneden op de specifieke belangen van partijen. In een dergelijk geval zal de rechter in verband met de aard van de overeenkomst, het aanvullend recht buiten toepassing moeten laten en zal hij de leemte moeten opvullen door gebruik te maken van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie laat ongetwijfeld de mogelijkheid tot aanvulling van de overeenkomst met het aanvullende recht ongemoeid. Minder duidelijk is dat ten aanzien van de vraag of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast, met name wanneer op basis hiervan aanvullende verplichtingen op de consument worden gelegd of hem toekomstige rechten worden beperkt: ook in die gevallen geldt immers dat de met de sanctie van artikel 6 lid 1 van de richtlijn oneerlijke bedingen beoogde afschrikwekkende werking van de sanctie ‘onverbindendheid’ in gevaar komt. Voor meer duidelijkheid over deze situatie zal echter een nieuwe prejudiciële vraag noodzakelijk zijn.

8. Aanbevelingen voor de praktijk

Uit het voorgaande blijkt dat de verplichting tot ambtshalve toetsing een vergaande is en dat deze ook niet beperkt blijft tot bedingen in tegenover consumenten gehanteerde algemene voorwaarden: soortgelijke verplichtingen vloeien voort uit andere Europese richtlijnen en zelfs op het gebied van het handelsovereenkomstenrecht. Bovendien blijkt het Hof van Justitie ook streng te zijn ten aanzien van de gevolgen van het oordeel dat een beding oneerlijk (onredelijk bezwarend) is. Dat betekent in het bijzonder dat bedingen waarmee de gebruiker van algemene voorwaarden zelf de gevolgen probeert te regelen voor het geval een rechter een beding onredelijk bezwarend oordeelt, kritisch moeten worden bejegend.

Het lijkt verstandig als de opstellers van overeenkomsten en, in het bijzonder, van algemene voorwaarden rekening

512 m.nt. M.R. Mok, TvC 2012/6, p. 285 m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Español de Crédito*), punt 65; HvJ 30 mei 2013, zaak C-488/11, n.n.g., RvdW 2013, 931, AB 2013, 259 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven (*Asbeek Brusse en De Man Garabito /Jahani B.V.*), punt 57.

64 Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 1 augustus 2000, NJ 2001, 71 (*Bogers Beheer/Kop*): met de vernietiging van een annuleringsbeding wegens onredelijkbezwarendheid ontviel de grondslag aan de vordering van de eiser.

65 Vgl. ook BGH 5 mei 2008, VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438; BGH 17 december 2008, VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186, NJW 2009, 578.

houden met de uit de richtlijn voortvloeiende consequenties. De verplichting tot ambtshalve toetsing brengt in de eerste plaats mee dat – voor zover sprake is van een consumentenovereenkomst – de (op zich al redelijk soepele) verjarringsregeling van de artikelen 3:52 juncto 6:235 lid 4 BW *de facto* buiten spel wordt gezet: weliswaar kan de bevoegdheid van de consument om zich te beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 BW verjaard zijn, maar dat neemt niet weg dat de rechter wel gehouden is om te beoordelen of het beding oneerlijk (onredelijk bezwarend) is en, als dat het geval is, dit beding buiten toepassing te laten ondanks de verjaring van de vernietigingsgrond.

Bij de ambtshalve toetsing dient de rechter voorts de bepalingen van de artikelen 6:236 (de zwarte lijst) en 237 BW (de grijze lijst) toe te passen. Ten aanzien van een beding dat op de zwarte lijst staat, kan de rechter slechts tot de beslissing komen dat het onredelijk bezwarend is. Bij een beding dat op de grijze lijst staat, bestaat het vermoeden van onredelijkbezwarendheid. Wanneer de gebruiker zich

De vernietiging van een beding leidt in beginsel tot algehele nietigheid van het beding.

op een grijs beding uit de algemene voorwaarden beroept – met name: een exoneratieclausule (artikel 6:237 sub f BW) of een vervalbeding (artikel 6:237 sub h BW) –, maar niet aanvoert waarom dit beding in dit geval wel redelijk zou zijn, kan de rechter alleen maar tot de conclusie komen *dat* het beding onredelijk bezwarend is. Het risico bestaat dat de rechter de gebruiker bij ambtshalve toetsing van een dergelijk grijs beding ook niet in staat zal stellen om nog te reageren op zijn voorlopig oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is. Een dergelijk oordeel kan immers niet als een verrassing komen, aangezien het beding nu eenmaal op de grijze lijst staat. Van een verrassingsbeslissing of een schending van het beginsel van hoor en wederhoor is dan mijns inziens geen sprake. Dat kan anders zijn indien de gebruiker wel iets naar voren brengt ter rechtvaardiging van het beding, maar de rechter daar vooralsnog niet van onder de indruk is.

In veel gevallen bevatten algemene voorwaarden bedingen waarmee de gevolgen van vernietiging moeten worden beteugeld. De meest vergaande vorm is het zogenaamde *koppelbeding*,⁶⁶ op grond waarvan bij vernietiging van een (bepaald) beding de gehele overeenkomst tenietgaat. Een dergelijk beding moet zonder meer zelf als onredelijk bezwarend beding worden aangemerkt, omdat het de strekking heeft aan de wederpartij *de facto* de bescherming te ontnemen die het recht haar hier (dwingendrechtelijk) geeft.⁶⁷ Mijns inziens geldt dit ook voor handelsovereenkomsten.

Ook *reddende bedingen* zullen in de regel onredelijk bezwarend zijn. Bij deze techniek wordt een beding in algemene voorwaarden voorzien van het voorbehoud 'voor zover wettelijk is toegestaan'. Bij een exoneratieclausule gaat het dan bijvoorbeeld om een beding als 'Aansprakelijkheid is, voor zover wettelijk toegestaan, uitgesloten'. Naar Duits recht wordt aangenomen dat in ieder geval wanneer het voor de gebruiker redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn dat het beding ook gevallen omvat waarin het onredelijk bezwarend is, ook het voorbehoud hem niet kan helpen om de algehele nietigheid van het beding te voorkomen. Het enkele feit dat de hoogste rechter pas jaren nadat een beding in gebruik is genomen door een gebruiker van algemene voorwaarden, oordeelt dat een beding onredelijk bezwarend is, rechtvaardigt volgens het BGH in ieder geval geen toepassing van een reddend beding. De hoogste Duitse rechter overwoog daarbij dat het risico dat een beding onredelijk bezwarend wordt geoordeeld, op de gebruiker rust, omdat die geen genoegen heeft genomen met de toepassing van het aanvullende recht en ten behoeve van een uitbreiding van zijn rechten gebruik maakt van algemene voorwaarden.⁶⁸ Het voorbehoud dient er in dergelijke gevallen toe de rechter te bewegen tot reductie van het beding. Ook deze techniek dient mijns inziens te worden verworpen.⁶⁹

Een laatste categorie betreft de *vervangende bedingen*, die bij vernietiging van een onredelijk bezwarend beding in de plaats daarvan treden. Bij een exoneratieclausule gaat het dan bijvoorbeeld om een beding als 'Indien de uitsluiting van de aansprakelijkheid overeenkomstig het vorige artikel wettelijk niet is toegestaan, is de gebruiker slechts aansprakelijk tot een bedrag van € ...'. Naar Duits recht zijn ook dergelijke vervangende bedingen onredelijk bezwarend.⁷⁰ Het lijkt mij dat dergelijke bedingen slechts bij uitzondering toelaatbaar zullen kunnen worden geacht. Anders dan bij de wettelijke conversie bestaat immers bij deze 'bedongen conversie'⁷¹ geen enkele waarborg dat bij dit beding wél in voldoende mate rekening is gehouden met de belangen van de consument. Een dergelijk beding zal daarom al snel onredelijk bezwarend moeten worden geacht,⁷² ook al omdat het opnemen van een vervangend beding het voor de wederpartij bepaald niet eenvoudiger maakt om haar rechtspositie te beoordelen. Ik zou ervoor willen pleiten om vervangende bedingen slechts dan niet onredelijk bezwarend te verklaren indien voldaan is aan

66 De term is van Hijma 2010, nr. 48.

67 In deze zin ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1805-1806; Hijma 2010, nr. 48; Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.5.

68 BGH 5 mei 2008, VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438.

69 In deze zin ook Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.7. Hijma 2010, nr. 48, acht reddende bedingen van weinig belang omdat door reductie – welke hij onder omstandigheden geoorloofd acht – of conversie hetzelfde resultaat kan worden bereikt of, waar deze technieken niet mogelijk zijn, het reddende beding vrijwel nooit tot een gedeeltelijke instandhouding zal kunnen leiden.

70 Zie H. Schmidt, in Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nr. 39 bij § 306 BGB.

71 De uitdrukking is afkomstig van Hijma 1988, p. 325.

72 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1570. In deze zin ook Hijma 2010, nr. 48; Jongeneel 1991, nr. 270-271; Van den Brink, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2010, nr. 4.7.

de voorwaarden voor *wettelijke* conversie, met andere woorden: indien de gebruiker in redelijkheid kon menen dat het beding niet onredelijk bezwarend was (maar hier het zekere voor het onzekere heeft genomen) en het vervangende beding een redelijke regeling van de belangen van beide partijen bevat. In consumentenovereenkomsten brengt dit, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie ten aanzien van reductie en conversie, dan mee dat dergelijke bedingen niet geoorloofd zijn.

Bedingen waarmee de gevolgen van het oordeel dat een beding onredelijk bezwarend is, worden gereguleerd, delen derhalve vaak het lot van het onredelijk bezwarend geoordeelde beding. Het is dus zaak voor de opsteller van algemene voorwaarden om de bedingen in de algemene voorwaarden zelf zodanig te formuleren dat het beding de inhoudstoetsing doorstaat. Dat betekent dat – in ieder geval bij consumentenovereenkomsten – de gebruiker er verstandig aan doet om niet ‘tot het uiterste’ te gaan om zo gunstig mogelijke algemene voorwaarden te kunnen hanteren, maar te trachten evenwichtige algemene voorwaarden te formuleren en zo nodig erkende consumentenorganisaties uit te nodigen om met hen over de algemene voorwaarden van gedachten te wisselen: zelfs indien dit niet tot tweezijdige algemene voorwaarden leidt, zal de opsteller van de algemene voorwaarden in ieder geval worden gewezen op mogelijke problemen in de gehanteerde set algemene voorwaarden. Ook hier geldt dat voorkomen – aanpassing van de algemene voorwaarden – beter is dan genezen: wanneer een onredelijk bezwarende, maar op zich reparabele exoneratieclausule in zijn geheel

onderuitgaat, levert dat een hardhandige, maar onnodige confrontatie met de realiteit op.

9. Conclusie en slotgedachten

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de verplichting tot ambtshalve toetsing ver gaat en dat de consequenties ernstig zijn indien een beding onredelijk bezwarend wordt geacht. Dat geldt in het bijzonder in consumentenovereenkomsten, waar de rechtspraak van het Hof van Justitie duidelijk en weinig hoopgevend is voor de partijen die algemene voorwaarden hanteren (en degene die in hun belang algemene voorwaarden opstellen): wanneer een beding te vergaand wordt geacht, zijn allerlei wettelijke en contractuele mogelijkheden om de nietigheid te beperken evenmin mogelijk. Het verdient aanbeveling om algemene voorwaarden te laten toetsen, bijvoorbeeld door consumentenorganisaties. Daarbij zouden gebruikers van algemene voorwaarden niet te krenterig moeten zijn en de consumentenorganisaties gewoon een reële vergoeding voor hun tijd en moeite moeten toekennen: waar opstellers van algemene voorwaarden goed geld in rekening kunnen brengen voor hun werkzaamheden en *legal opinions* van hoogleraren geld kosten, is het naïef om ervan uit te gaan dat consumentenorganisaties wel gratis zullen handelen. Het lijkt mij de investering waard.

Over de auteur

Prof. mr. Marco Loos is als hoogleraar verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is grotendeels overgenomen uit M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, tweede druk, 2013, nrs. 195-202 en 425-445.