



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HvJ EU (zaaknr. C-618/10: Banesto/Calderón Camino)

Loos, M.B.M.

Publication date

2012

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2012). HvJ EU (zaaknr. C-618/10: Banesto/Calderón Camino). Case note on: HvJ EU, 14/06/12 *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2012(6), 286-291.

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.

Hof van Justitie 14 juni 2012

Zaaknr. C-618/10

(Banesto/Calderón Camino)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *betalingsbevelprocedure*
- *onredelijk bezwarend beding*
- *ambtshalve toetsing*
- *rechtsgevolgen van vernietiging*

Hoofdeding en prejudiciële vragen

27. Op 28 mei 2007 heeft Calderón Camino met Banesto een leningovereenkomst voor een bedrag van € 30 000 (hierna: 'litigieuze overeenkomst') gesloten voor de aankoop van een voertuig 'om te voorzien in de behoeften van het gezin'. De rentevoet van de lening bedroeg 7,950%, het jaarlijks kostenpercentage (JKP) was 8,890% en de moratoire interesten [contractuele rente vanwege te late betaling, red.] bedroegen 29%.

28. Hoewel de litigieuze overeenkomst op 5 juni 2014 zou aflopen, beschouwde Banesto deze eerder als beëindigd, omdat in september 2008 zeven termijnen nog niet waren afgelost. Op 8 januari 2009 heeft zij de Juzgado de Primera Instancia nr. 2 de Sabadell overeenkomstig het Spaanse recht verzocht om een betalingsbevel voor een bedrag van € 29 381,95, wat overeenkwam met de onbetaalde termijnen, vermeerderd met de contractuele interesten en kosten.

29. Op 21 januari 2010 heeft de Juzgado de Primera Instancia nr. 2 de Sabadell bij beschikking vastgesteld dat de litigieuze overeenkomst een toetredingsovereenkomst was, zonder daadwerkelijke onderhandelingsmogelijkheid en met opgelegde algemene voorwaarden en voorts dat de moratoire interesten van 29% waren vastgelegd in een getypt beding dat niet te onderscheiden was van de rest van de tekst wat betreft het lettertype, de grootte van de gebruikte letters of de specifieke aanvaarding door de consument.

30. In die omstandigheden heeft de Juzgado de Primera Instancia nr. 2 de Sabadell, met inachtneming in het bijzonder van de hoogte van de Euribor ('Euro interbank offered rate') en de rentevoet van de Europese Centrale Bank (ECB) en van het feit dat de rentevoet van de moratoire interesten meer dan 20 punten hoger was dan die van de lening, onder verwijzing naar de vaste rechtspraak ter zake van het Hof ambtshalve verklaard dat het beding over de moratoire interesten van rechtswege nietig was omdat het oneerlijk was. Hij heeft bovendien de moratoire interesten vastgesteld op 19%, op basis van het percentage van de wettelijke rente en van de moratoire interesten in de nationale begrotingswetten van 1990 tot en met 2008, en Banesto gelast, het bedrag van de interesten voor de periode die aan de orde was in het bij hem aanhangige geding opnieuw te berekenen.

31. Banesto heeft tegen die beslissing beroep ingesteld bij de Audiencia Provincial de Barcelona en in wezen betoogd dat de Juzgado de Primera Instancia nr. 2 de Sabadell in die stand van de procedure het volgens hem oneer-

lijke contractuele beding over de moratoire interesten niet ambtshalve nietig kon verklaren en evenmin kon herzien.

32. In de verwijzingsbeslissing heeft de Audiencia Provincial de Barcelona in de eerste plaats vastgesteld dat de Spaanse wettelijke regeling inzake bescherming van de consumenten- en gebruikersbelangen de rechters bij wie een verzoek om een betalingsbevel is ingediend niet de bevoegdheid verleent om ambtshalve in limine litis te verklaren dat oneerlijke bedingen nietig zijn, aangezien de geoorloofdheid daarvan wordt beoordeeld in de gemeenschappelijke procedure, die slechts wordt ingeleid in het geval dat de schuldenaar verzet heeft aangetekend.

33. In de tweede plaats heeft de verwijzende rechter, wat het Unierecht betreft, opgemerkt dat in de rechtspraak van het Hof artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus wordt uitgelegd dat nationale rechters ambtshalve de nietigheid en niet-toepasselijkheid van een oneerlijk beding moeten opwerpen, zelfs zonder enig verzoek in die zin van de contractpartijen.

34. Volgens de verwijzende rechter voert verordening nr. 1896/2006, die juist de materie van het betalingsbevel regelt op het niveau van de Europese Unie, echter geen ambtshalve onderzoek van oneerlijke bedingen in limine litis in, maar vermeldt deze slechts een reeks vereisten en inlichtingen die aan de consument moeten worden meegedeeld.

35. Richtlijn 2008/48 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en richtlijn 2009/22 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, voorzien evenmin in procedurele mechanismes op grond waarvan de nationale gerechten ambtshalve de nietigheid van een beding zoals dat in de litigieuze overeenkomst dienen vast te stellen.

36. Tot slot merkt de verwijzende rechter op dat, zelfs als de praktijk om in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument een beding over moratoire interesten in te voegen 'oneerlijk' wordt geacht in de zin van richtlijn 2005/29, de Spaanse gerechten hoe dan ook geen bevoegdheid hebben om ambtshalve te onderzoeken of de genoemde praktijk oneerlijk is, aangezien Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (wet 29/2009 tot wijziging van de wettelijke regeling inzake oneerlijke concurrentie en reclame voor een betere consumenten- en gebruikersbescherming) van 30 december 2009 (BOE nr. 315 van 31 december 2009, blz. 112039) artikel 11, lid 2, van die richtlijn niet in het Spaanse recht heeft omgezet.

37. Daar de Audiencia Provincial de Barcelona twijfels heeft over de juiste uitlegging van het Unierecht, heeft hij in deze omstandigheden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

'1) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder uit het oogpunt van het consumentenrecht, dat een nationale rechter zich niet ambtshalve in limine litis

of in enig stadium van de procedure uitspreekt over de nietigheid en de wijziging van een beding over moratoire interessen (in casu van 29%) in een consumentenkrediet-overeenkomst? Kan de rechter, zonder schending van de rechten die het gemeenschapsrecht de consument verleent, een eventueel onderzoek van een dergelijk beding laten afhangen van het initiatief van de schuldenaar doordat deze verzet aantekent?

2) Hoe moet dienaangaande artikel 83 van Real Decreto Legislativo 1/2007 (...) worden uitgelegd zodat het in overeenstemming is met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 en artikel 2 van richtlijn 2009/22? Wat is in dat verband de draagwijdte van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, wanneer het bepaalt dat oneerlijke bedingen 'de consument niet binden'? (...)

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

38. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een rechter die om een betalingsbevel is verzocht niet ambtshalve, wanneer de consument geen verzet heeft aangetekend, in limine litis of op enig ander ogenblik in de procedure kan nagaan of een beding over moratoire interessen in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument oneerlijk is.

39. Voor het antwoord op deze vraag zij er allereerst aan herinnerd dat het beschermingsstelsel van richtlijn 93/13 op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de handelaar in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze laatste beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de door de handelaar tevoren opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen (arresten van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941, punt 25; 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 25, en 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Jurispr. blz. I-9579, punt 29).

40. Gelet op deze zwakke positie bepaalt artikel 6, lid 1, van genoemde richtlijn dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Volgens de rechtspraak gaat het om een dwingende bepaling, die beoogt 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 (reeds aangehaalde arresten *Mostaza Claro*, punt 36, en *Asturcom Telecomunicaciones*, punt 30; arresten van 9 november 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47, en 15 maart 2012, *Pereničová en Perenič*, C-453/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).

41. Teneinde de door richtlijn 93/13 beoogde bescherming te verzekeren, heeft het Hof al herhaaldelijk benadrukt dat de tussen consument en handelaar bestaande situatie van ongelijkheid enkel kan worden opgeheven door een

positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om (zie reeds aangehaalde arresten *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, punt 27; *Mostaza Claro*, punt 26; *Asturcom Telecomunicaciones*, punt 31, en *VB Pénzügyi Lízing*, punt 48).

42. Gelet op deze beginselen heeft het Hof dan ook geoordeeld dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, oneerlijk is, en aldus het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de handelaar dient te compenseren (zie in die zin arrest *Mostaza Claro*, reeds aangehaald, punt 38; arrest van 4 juni 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 31; reeds aangehaalde arresten *Asturcom Telecomunicaciones*, punt 32, en *VB Pénzügyi Lízing*, punt 49).

43. Derhalve houdt de rol die het Unierecht de nationale rechter op het betrokken gebied toebedeelt, niet alleen de loutere bevoegdheid in om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting om die kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt (zie arrest *Pannon GSM*, reeds aangehaald, punt 32).

44. In dat verband heeft het Hof in een uitspraak op een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter bij wie een contradictoire procedure aanhangig was naar aanleiding van verzet van een consument tegen een betalingsbevel geoordeeld dat die rechter ambtshalve maatregelen van instructie dient te nemen teneinde vast te stellen of een exclusief territoriaal forumkeuzebeding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, en zo ja, ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is (arrest *VB Pénzügyi Lízing*, reeds aangehaald, punt 56).

45. De onderhavige zaak verschilt echter van de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten *Pannon GSM* en *VB Pénzügyi Lízing*, doordat zij betrekking heeft op de afbakening van de taken die krachtens richtlijn 93/13 in het kader van een betalingsbevelprocedure op de nationale rechter rusten voordat de consument verzet heeft aangetekend.

46. Dienaangaande zij vastgesteld dat bij gebreke van harmonisatie van de nationale regelingen voor inning van niet-betwiste schuldvorderingen, de wijze waarop de nationale betalingsbevelprocedures ten uitvoer worden gelegd een zaak van de interne rechtsorde van de lidstaten is krachtens het beginsel van procedurele autonomie van die staten, op voorwaarde evenwel dat deze nadere regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties krachtens intern recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht aan de consument verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Mostaza Claro*, punt 24, en *Asturcom Telecomunicaciones*, punt 38).

47. Wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel beschikt het Hof niet over gegevens die twijfel doen ontstaan over de overeenstemming van de regeling in het hoofdgeding met dit beginsel.

48. Blijkens de stukken belet het Spaanse procesrecht immers de nationale rechter die om een betalingsbevel is verzocht – in een situatie waarin de consument geen verzet heeft aangetekend – niet alleen, ambtshalve in limine litis of op enig ander ogenblik in de procedure na te gaan of een beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument tegen de achtergrond van artikel 6 van richtlijn 93/13 oneerlijk is, maar ook om te beoordelen of een dergelijk beding in strijd is met de nationale regels van openbare orde. Het staat echter aan de verwijzende rechter dit na te gaan.

49. Wat betreft het doeltreffendheidsbeginsel zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof elk geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht rekening houdend met de plaats van die bepaling in de gehele procedure en met het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure voor de verschillende nationale instanties (zie arrest *Asturcom Telecomunicaciones*, reeds aangehaald, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50. In casu blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat overeenkomstig artikel 812 van *Ley de Enjuiciamiento Civil* de betalingsbevelprocedure van toepassing is op vervallen, vaststaande en opeisbare geldschulden die een bepaald bedrag – ten tijde van de feiten in het hoofdgeding € 30 000 – niet overschrijden.

51. Om de toegang tot de rechter voor schuldeisers te vereenvoudigen en hen een snellere afwikkeling van de procedure te verzekeren, bepaalt datzelfde artikel dat zij bij hun verzoek enkel documenten hoeven te voegen die het bestaan van de schuld bewijzen, zonder dat zij het percentage van de moratoire interesten, de exacte periode van opeisbaarheid en de verhouding van die rentevoet ten opzichte van de wettelijke rente naar intern recht of de rente van de Europese Centrale Bank duidelijk hoeven aan te geven.

52. Krachtens de artikelen 815, lid 1, en 818, lid 1, van *Ley de Enjuiciamiento Civil* is de nationale rechter die om een betalingsbevel is verzocht slechts bevoegd om na te gaan of aan de formele voorwaarden om die procedure te openen is voldaan. Zo dat het geval is, moet hij het bij hem ingediende verzoek inwilligen en een uitvoerbaar bevel uitvaardigen zonder dat hij in limine litis of op enig ander ogenblik in de procedure kan onderzoeken of het verzoek gegrond is gelet op de informatie waarover hij beschikt, tenzij de schuldenaar weigert te betalen of verzet aantekent binnen 20 dagen na de datum van kennisgeving van dat bevel. Voor dat verzet is bijstand van een advocaat verplicht voor geschillen die een wettelijk bepaald bedrag – ten tijde van de feiten die hebben geleid tot het hoofdgeding € 900 – te boven gaan.

53. In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat een dergelijke procedure, die de rechter die om een betalingsbevel is verzocht de mogelijkheid ontzegt om, zelfs indien hij daartoe reeds over alle nodige gegevens ten aanzien van het recht en van de feiten beschikt, ambtshalve, wanneer de consument geen verzet heeft aangetekend, in limine litis of op enig ander ogenblik in de procedure na te gaan of een beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument oneerlijk is, afbreuk doet aan de doeltreffendheid van de door richtlijn 93/13 nagestreefde bescherming (zie in die zin arresten van 21 november 2002, *Cofidis*, C-473/00, *Jurispr.* blz. I-10875, punt 35).

54. Gelet op de betalingsbevelprocedure zoals beschreven in de punten 50 tot en met 52 van het onderhavige arrest en op het verloop en de bijzonderheden ervan, bestaat er een niet te onderschatten risico dat de betrokken consument niet het vereiste verzet aantekent, ofwel wegens de bijzonder korte termijn die daarvoor is voorgeschreven, ofwel omdat de verhouding tussen de kosten van een rechtsvordering en het bedrag van de betwiste schuld hen kan ontmoedigen zich te verdedigen, ofwel omdat zij de omvang van hun rechten niet kennen of ten volle beseffen, of nog wegens de beperkte inhoud van het door de handelaars ingediende verzoek om een bevel en dus de onvolledigheid van de informatie waarover zij beschikken.

55. Handelaars zouden dus reeds door een betalingsbevelprocedure in plaats van een gewone burgerrechtelijke procedure in te leiden, de consument het voordeel van de door richtlijn 93/13 nagestreefde bescherming kunnen ontnemen, wat mede in strijd lijkt met de rechtspraak van het Hof dat de specifieke kenmerken van gerechtelijke procedures, waar in een nationaalrechtelijke context handelaars en consumenten tegenover elkaar staan, geen factor kunnen vormen die de rechtsbescherming die laatstbedoelden op grond van die richtlijn dient toe te komen, mag doorkruisen (arrest *Pannon GSM*, reeds aangehaald, punt 34).

56. In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de Spaanse regeling in het hoofdgeding niet in overeenstemming lijkt met het doeltreffendheidsbeginsel, aangezien zij in door handelaars tegen consumenten ingestelde procedures de toepassing van de bescherming die richtlijn 93/13 aan die laatsten beoogt toe te kennen onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

57. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een rechter die om een betalingsbevel is verzocht, zelfs indien hij daartoe over de nodige gegevens ten aanzien van het recht en van de feiten beschikt, niet ambtshalve, wanneer de consument geen verzet heeft aangetekend, in limine litis of op enig ander ogenblik in de procedure kan nagaan of een beding over moratoire interesten in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument oneerlijk is.

Tweede vraag

58. Om een voor de verwijzende rechter dienstige uitlegging van het Unierecht te verschaffen (zie in die zin arrest van 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, *Jurispr.* blz. I-9999, punten 50 en 51) moet de tweede vraag aldus worden begrepen dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of artikel 2 van richtlijn 2009/22 en artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat zoals die van artikel 83 van Real Decreto Legislativo 1/2007, op grond waarvan de nationale rechter, wanneer hij de nietigheid van een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument vaststelt, de betrokken overeenkomst kan aanvullen door de inhoud van dat beding te herzien.

59. Dienaangaande zij vooraf opgemerkt dat het hoofdgeding zich afspeelt in de context van een betalingsbevelprocedure die is ingesteld door een van de contractpartijen en niet in de context van een verbodsactie van een 'bevoegde instantie' in de zin van artikel 3 van richtlijn 2009/22.

60. Aangezien deze laatste richtlijn niet van toepassing is op het hoofdgeding, hoeft bijgevolg geen uitspraak te worden gedaan over de uitlegging van artikel 2 ervan.

61. Om te antwoorden op de vraag betreffende de gevolgen die moeten worden getrokken uit de vaststelling dat een contractueel beding oneerlijk is, moet worden verwezen naar zowel de bewoordingen van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 als de doelstellingen en de algemene opzet van deze richtlijn (zie in die zin arresten van 3 september 2009, *AHP Manufacturing*, C-482/07, *Jurispr.* blz. I-7295, punt 27, en 8 december 2011, *Merck Sharp en Dohme*, C-125/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 29).

62. Wat betreft de bewoordingen van voornoemd artikel 6, lid 1, zij enerzijds vastgesteld dat het eerste zinsdeel van die bepaling, waarbij aan de lidstaten een zekere beoordelingsmarge wordt toegekend voor de vaststelling van de voorschriften voor oneerlijke bedingen, toch uitdrukkelijk verplicht te bepalen dat die bedingen 'de consument niet binden'.

63. In dat verband heeft het Hof die bepaling reeds aldus uitgelegd dat de nationale rechters die vaststellen dat contractuele bedingen oneerlijk zijn, alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende gevolgen dienen te trekken, opdat de consument door die bedingen niet gebonden is (zie arrest *Asturcom Telecomunicaciones*, reeds aangehaald, punt 59; beschikking van 16 november 2010, *Pohotovost'*, C-76/10, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 62, en arrest *Pereničová en Perenič*, reeds aangehaald, punt 30). Zoals in herinnering is gebracht in punt 40 van het onderhavige arrest, gaat het immers om een dwingende bepaling die beoogt het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reël evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.

64. Anderzijds zij opgemerkt dat de Uniewetgever in het tweede zinsdeel van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 en

in de eenentwintigste overweging van de considerans daarvan uitdrukkelijk heeft bepaald dat de overeenkomst tussen de verkoper en de consument voor de partijen 'bindend blijft' indien de overeenkomst 'zonder de oneerlijke bedingen' kan voortbestaan.

65. Uit de bewoordingen van lid 1 van voornoemd artikel 6 volgt dus dat de nationale rechter een oneerlijk beding slechts buiten toepassing dient te laten opdat het geen dwingende gevolgen heeft voor de consument, maar dat hen niet de bevoegdheid wordt toegekend om de inhoud van een dergelijk beding te herzien. De overeenkomst moet immers in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen – voortbestaan voor zover volgens de regels van intern recht een dergelijk voortbestaan van de overeenkomst rechtens mogelijk is.

66. Die uitlegging vindt bovendien steun in de doelstellingen en de algemene opzet van richtlijn 93/13.

67. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormt deze richtlijn in haar geheel immers een maatregel die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Unie en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Unie (zie reeds aangehaalde arresten *Mostaza Claro*, punt 37; *Pannon GSM*, punt 26, en *Asturcom Telecomunicaciones*, punt 51).

68. Gelet op de aard en het gewicht van het openbaar belang waarop de aan de consument – die zich tegenover de handelaar in een zwakke positie bevindt – verschaft bescherming berust, verplicht richtlijn 93/13 de lidstaten volgens artikel 7, lid 1, juncto de vierentwintigste overweging van de considerans ervan, in doeltreffende en geschikte middelen te voorzien 'om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers'.

69. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 86 tot en met 88 van haar conclusie heeft opgemerkt, indien de nationale rechter de inhoud van oneerlijke bedingen in dergelijke overeenkomsten zou kunnen herzien, de verwezenlijking van het in artikel 7 van richtlijn 93/13 bedoelde langetermijndoel in gevaar zou kunnen komen. Die bevoegdheid zou ertoe bijdragen dat de voor handelaars afschrikkende werking die uitgaat van een louter niet-toepassing van dergelijke oneerlijke bedingen ten aanzien van de consument wordt uitgeschakeld (zie in die zin beschikking *Pohotovost'*, reeds aangehaald, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak), aangezien deze handelaars in de verleiding zouden blijven om die bedingen te 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 en het belang van die handelaars dus gediend zou zijn.

70. Indien de nationale rechter een dergelijke bevoegdheid werd toegekend, zou dit op zich geen even doeltreffende bescherming van de consument kunnen verzekeren als

die welke voortvloeit uit de niet-toepassing van oneerlijke bedingen. Bovendien zou die bevoegdheid evenmin kunnen worden gebaseerd op artikel 8 van richtlijn 93/13, dat de lidstaten de mogelijkheid biedt op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aan te nemen of te handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Unierecht en het beschermingsniveau van de consument verhogen (zie arrest van 3 juni 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, Jurispr. blz. I-4785, punten 28 en 29, en arrest *Pereničová en Perenič*, reeds aangehaald, punt 34).

71. Uit die overwegingen volgt dus dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 niet aldus kan worden begrepen dat de nationale rechter, wanneer hij vaststelt dat een overeenkomst tussen een handelaar en een consument een oneerlijk beding bevat, de inhoud van het betrokken beding kan herzien in plaats van het eenvoudig buiten toepassing te verklaren ten aanzien van de consument.

72. In dat verband staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan welke nationale regels van toepassing zijn op het bij hem aanhangige geding en om binnen zijn bevoegdheden, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke te doen om de volle werking van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling (zie in die zin arrest van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat zoals artikel 83 van Real Decreto Legislativo 1/2007, op grond waarvan de nationale rechter, wanneer hij de nietigheid van een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument vaststelt, de betrokken overeenkomst kan aanvullen door de inhoud van dat beding te herzien.

NOOT

1. Ambtshalve toetsing

Het antwoord op de eerste vraag van de Spaanse rechter verrast niet. In eerdere rechtspraak had het Hof van Justitie immers al duidelijk gemaakt dat oneerlijke bedingen ambtshalve getoetst en buiten toepassing gelaten moeten worden, ook als het nationale procesrecht hiervoor belemmeringen zou opwerpen: in het *Cofidis*-arrest¹ werd om die reden een bepaling van nationaal procesrecht terzijde gesteld op grond waarvan (in een consumentenkre-

dietovereenkomst) een beroep op het onredelijk bezwarende karakter van een beding binnen twee jaar na contractsluiting gedaan diende te worden. In het *Mostaza Claro*-arrest² ging het om de regel dat een beroep op de onbevoegdheid van een arbitraal college voor alle wren gedaan diende te worden, waardoor een beroep op de onbevoegdheid van de arbiters op grond van een ongeldig (want oneerlijk) arbitraal beding niet pas tijdens de procedure tot vernietiging van het arbitrale vonnis kon worden gedaan. In het *Asturcom*-arrest³ werd dezelfde regel terzijde geschoven ten aanzien in een geval waarin het verlot tot tenuitvoerlegging van een onaantastbaar geworden arbitraal vonnis werd verlangd. En al in het *Pannon*-arrest⁴ was uitgemaakt dat ook in verstekprocedures ambtshalve getoetst moet worden. Het onderhavige arrest voegt daaraan slechts toe dat ook in een betalingsbevelprocedure ambtshalve getoetst moet worden. Een afzonderlijke procedure voor onbetwiste vorderingen bestaat in Nederland alleen op basis van de Europese betalingsbevelverordening.⁵

2. Splitsing en reductie

Het antwoord op de tweede vraag is belangrijker. Tot dusver werd aangenomen dat de vraag welke rechtsgevolgen de nietigheid of vernietiging van een beding heeft, geregeerd wordt door de artikelen 3:41 en 3:42 BW. Op grond van het eerste artikel blijft de nietigheid van een beding in beginsel beperkt tot het nietige onderdeel van dat beding, tenzij tussen het nietige deel van het beding en het restant van het beding een onverbreekelijk verband bestaat – in welk geval het gehele beding nietig zou zijn. In dit verband wordt wel onderscheid gemaakt tussen splitsbare bedingen en reductie van bedingen.⁶ Een splitsbaar beding is een beding waarin uiteenlopende zaken worden geregeld. Het gaat hierbij bijv. 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 zwart is (artikel 6:236 onder c BW) en daarmee onredelijk bezwarend. 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 – d.w.z. beperking van de vernietiging tot het eerste zinsdeel – bestaan hier geen bezwaren. Dat

1. HvJ EG 21 november 2002, nr. C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875 (*Cofidis/Fredout*).

2. HvJ EG 26 oktober 2006, nr. C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, *TvC* 2007, p. 56 (*Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*).

3. HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-40/08, *Jur.* 2009, p. I-9579, *TvC* 2010, p. 213 (*Asturcom*).

4. HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009, 395, *TvC* 2009, p. 191 (*Pannon*).

5. Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *PbEU* 2006, L 399/1.

6. Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, nr. 221-225.

is anders bij de zgn. reductie van een beding.⁷ Door middel van deze techniek 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. Het beding:

'Aansprakelijkheid voor door schuld veroorzaakte schade is uitgesloten'

zou dan worden vernietigd voor zover het gaat om door opzet of grove schuld 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. Deze techniek wordt in het onderhavige arrest door het Hof van Justitie – althans voor consumentenovereenkomsten – als onaanvaardbaar beschouwd, omdat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan het afschrikwekkende karakter van de sanctie op de oneerlijkheid van een beding: de algehele nietigheid van dat beding. Mijns inziens is die beslissing van het Hof van Justitie juist: zoals het Hof in r.o. 69 ook opmerkt, 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.⁸ 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.⁹

3. Conversie

In mijn monografie *Algemene voorwaarden* merkte ik op dat de afwijzing van de mogelijkheid van reductie niet problematisch behoeft te zijn, omdat voldoende rekening kan worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de gebruiker bij de (beperkte) mogelijkheid tot conversie en, vooral, bij de toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰ 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.¹¹ Conversie van vernietigde grijze en zwarte bedingen acht de wetgever evenwel niet moge-

lijk, omdat de gebruiker dan geen risico zou lopen met de opname van het beding.¹²

Tegen de mogelijkheid tot conversie pleiten grotendeels dezelfde argumenten als tegen reductie. Anders dan bij reductie vindt bij conversie echter een afweging plaats van de belangen van *beide* partijen. Ik heb daarom tot dusver verdedigd dat conversie in sommige gevallen wél gerechtvaardigd is. Ik had daarbij het oog op gevallen waarin de gebruiker, bijvoorbeeld op basis van eerdere rechtspraak, redelijkerwijs kon menen dat de rechter een bepaald beding aanvaardbaar zou achten – en het oordeel dat dat beding oneerlijk is, in dat opzicht verrassend is – én waarin conversie in dat geval zou leiden tot een redelijke oplossing voor de specifieke verhouding tussen partijen.¹³

Uit het onderhavige arrest wordt duidelijk dat ook conversie niet is toegestaan, althans niet in consumentenovereenkomsten, omdat – zoals het Hof aangeeft – artikel 6 lid 1 van de Richtlijn aan de rechter nadrukkelijk *niet* de bevoegdheid toekent om de inhoud van een oneerlijk beding te herzien,¹⁴ terwijl dat nu juist wel gebeurt bij conversie. Ook conversie van een oneerlijk beding zal daarmee in de ogen van het Hof onvoldoende afschrikwekkende werking hebben.

4. Aanvulling van de ontstane leemte

Wanneer splitsing niet mogelijk is, zal de vernietiging van het onredelijk bezwarende beding in ieder geval in consumentenovereenkomsten dus moeten leiden tot de algehele nietigheid van het beding. Aangenomen wordt dat de daardoor ontstane leemte in de overeenkomst moeten worden opgevuld overeenkomstig het aanvullende recht of, bij gebreke daaraan, overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). Bij de opvulling van de leemte kan derhalve voldoende rekening worden gehouden met de aard van de overeenkomst en de belangen van *beide* partijen. Het onderhavige arrest 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 beoogde afschrikwekkende werking van de sanctie 'onverbindendheid' in gevaar komt. Voor meer duidelijkheid over deze situatie zal echter een nieuwe prejudiciële vraag noodzakelijk zijn.

Prof. mr. M.B.M. Loos

7. In het Duitse recht wordt op dit punt van 'geltungserhaltende Reduktion' gesproken, hetgeen (ook in commerciële relaties) naar Duits recht niet geoorloofd wordt geacht, maar naar Oostenrijks recht wel. Zie nader M.B.M. Loos, 'Partiële nietigheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden', *WPNR* 1997-6260, p. 155-159.

8. In deze zin – met betrekking tot conversie – *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1588.

9. BGH 17 mei 1982, *BGHZ* 84, 109, *NJW* 1982, 2309; BGH 19 september 1983, *NJW* 1984, 48 (vaste rechtspraak).

10. Zie Loos 2001, nr. 224.

11. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1587.

12. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1588.

13. Zie Loos 2001, nr. 227.

14. HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10, n.n.g. (*Banesto/Calderón Camino*), r.o. 65.