



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst

Pavillon, C.M.D.S.

Citation

Pavillon, C. M. D. S. (2015). Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst. *Tijdschrift Voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2015(3), 128-136. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36496>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36496>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst

Deze bijdrage bespreekt de in november 2014 verschenen tweede versie van het Rapport Ambtshalve toetsing. In deze herziene versie zijn verwerkt de evaluatie van het eerste rapport, uitgevoerd in 2012, en de sinds het eerste rapport verschenen nationale en Europese uitspraken. Voorliggende bijdrage onderzoekt in hoeverre het rapport is aangepast en of de doorgevoerde aanpassingen recht doen aan genoemde evaluatie en jurisprudentie.

1. Ambtshalve toetsing 2.0 of 1.1?

De eerste versie van het rapport van het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK) waarin een uniforme benadering van de verplichte¹ ambtshalve toetsing van consumentenvoorwaarden wordt aanbevolen, verscheen in januari 2010 (en de ingangsdatum van de eenvormige aanpak werd gesteld op 1 juli 2010). Het aangrijpen van de handvatten uit het LOVCK-rapport moest leiden tot meer eenvormigheid op het nationale niveau. Na twee jaar werd het rapport geëvalueerd.

Naar aanleiding van deze evaluatie, en omdat zowel de nationale als de Europese jurisprudentie zich in de loop der jaren verder heeft ontwikkeld, werd eind november 2014 een geactualiseerde versie van het rapport gepubliceerd op Rechtspraak.nl: het Rapport Ambtshalve toetsing II.² Volgens de aankondiging op de website zijn in het rapport verwerkt 'negentien arresten van het Hof van Justitie en twee van de Hoge Raad'. Voorts verwijst het rapport naar de in bijna vijf jaar verschenen lagere rechtspraak en literatuur over de ambtshalve toets (resp. bijlage 1 en 2). Het gaat hierbij om indrukwekkend lange lijsten. Voorliggende bijdrage onderzoekt de wijze waarop de evaluatie uit 2012 en de recente nationale en Europese jurisprudentie in het nieuwe rapport zijn verwerkt. Nagegaan wordt in hoeverre het rapport is aangepast en in hoeverre de doorgevoerde wijzigingen recht doen aan genoemde evaluatie en jurisprudentie.

2. Het rapport en de gerechtshoven

De aanbevelingen uit het eerste rapport worden, zo blijkt uit de evaluatie, veelal gevolgd. Geconstateerd wordt dat er niettemin 'aanzienlijke plaatselijke verschillen [bestaan] in (de inschatting van) het aantal zaken waarin ambtshalve getoetst moet worden'.³ Dit herziene rapport zal hier naar ik verwacht weinig verandering in brengen. De door

het LOVCK gedane aanbevelingen binden de rechter niet en zijn dus geen rechtsregels in de zin van art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie. Het is aan de rechters en medewerkers van rechtbanken om de 'oneerlijke-bedingen-radar' aan te zetten. Helaas ontbreekt het hen hiertoe vaak aan kennis,⁴ tijd en middelen.

De rechtsgelijkheid en rechtseenheid hebben ook te lijden onder het feit dat gerechtshoven er verschillende aanpakken op na houden en de aanbevelingen van het rapport veelal naast zich neerleggen.⁵ Hoven hebben kritiek geuit op de, naar hun opvatting, te regelgevende aanbevelingen. Dat zij zich niet aansluiten bij het LOVCK-rapport, wordt gerechtvaardigd doordat hoven niet worden geconfronteerd met duizenden verstekzaken en dus weinig behoefte hebben aan een eenvormige en efficiënte aanpak. Hoven achten een individuele benadering in hoger beroep mogelijk en vooral wenselijk. Op pagina 3 wordt opgemerkt dat 'gezien genoemde verschillende invalshoeken er geen behoefte [is] aan een gezamenlijke standpuntbepaling van rechtbanken en hoven. Voor dit herziene rapport is daarom alleen het Landelijk overleg vakinhoud van de rechtbanken verantwoordelijk'.

Ik vind deze argumentatie niet helemaal steekhoudend. Dat in lagere instantie een gestandaardiseerde aanpak nodig is, staat buiten kijf, maar bij individuele toetsingen in hoger beroep kunnen aanbevelingen onverminderd van betekenis zijn. Als blijkt dat een hof een bepaalde aanbeveling stelselmatig terzijde schuift dan kan dit voor de desbetreffende gebruiker (vaak een *repeat player*)

* Universitair docent Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. De verplichting is in het *Mostaza Claro*-arrest geëxpliciteerd: HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, r.o. 38 (niet pas in het *Pannon*-arrest zoals op p. 10 van het rapport staat vermeld).
2. Het herzien rapport *Ambtshalve toetsing II* kan worden geraadpleegd op www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Pages/rapport-Ambtshalve-toetsing-van-Europees-consumentenrecht.aspx.
3. Herzien rapport, p. 2.
4. Naast dit rapport zijn trainingen (met name voor ondersteuners) en de blijvende aandacht voor deze materie in de literatuur van groot belang.
5. Zie o.a.: Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6565 en Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1138 waarin afstand wordt genomen van de in de aanbevelingen neergelegde rekenregel door bij de toewijzing van de gevorderde schadevergoeding ex art. 6:277 lid 1 BW te verwijzen naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad: HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, *NJ* 2011/43. Zie ook Hof Amsterdam 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4198, waarin het hof het eerste LOVCK-rapport in zijn geheel naast zich neerlegt.

wellicht aanleiding zijn om in beroep te gaan.⁶ Rechters in hoger aanleg zijn bovendien bij uitstek in de positie om een consistente, zekerheid scheppende aanpak uit te stippelen, zo benadrukte het HvJ EU in een recent arrest.⁷

3. Boetebedingen

Net als in het vorige rapport wordt de focus gericht op het in de verstekpraktijk meest voorkomende beding: het boetebeding. Het rapport heeft geleid tot een eenduidige aanpak in eerste aanleg van bepaalde boetebedingen in algemene voorwaarden. De aanbeveling betreffende onredelijk bezwarende boetebedingen in creditcardovereenkomsten heeft ervoor gezorgd dat bedingen met een boete per dag bij het niet tijdig inleveren van creditcards die ongelimiteerd kan oplopen, niet meer voorkomen.⁸ Het rapport heeft aldus een gedragsverandering aan de kant van de creditcardmaatschappijen teweeggebracht: zij matigen zelf hun vordering tot € 1000 (een bedrag dat het rapport redelijk acht).

Eigenlijke en oneigenlijke boetebedingen⁹ worden veel gebruikt en in de evaluatie is gewezen op een aantal duurovereenkomsten waarin dergelijke bedingen vaak voorkomen: leesmappen, sportschool en huur.¹⁰ Het rapport verschaft een aantal algemene gezichtspunten bij het toetsen van de ruime categorie bedingen die een boete stellen op een tekortkoming in de nakoming door de consument (hieronder vallen ook boeterentebedingen). Onder de volgende twee (open geformuleerde) voorwaarden wordt een boetebeding niet onredelijk geacht:

- ‘1. de gedraging waarop een boete is gesteld is (in alle gevallen) een voldoende ernstige tekortkoming in de nakoming door de consument om een boete (in plaats van het wettelijk handhavingsmechanisme) te rechtvaardigen,
2. de gestelde boete staat in een redelijke verhouding tot de voor de gebruiker te verwachten schade door de gedraging waarop de boete is gesteld,

of

de gestelde boete staat in een redelijke verhouding tot het belang voor de gebruiker van de verplichting waarop de boete is gesteld als prikkel tot nakoming.¹¹

Het rapport refereert aan het *Aziz*-arrest¹² van het HvJ EU, aan het *Heesakkers/Voets*-arrest¹³ van de Hoge Raad en aan het feit dat in beide arresten de afwijking van de wettelijke rente een beslissende rol speelt. In de praktijk bestaat onenigheid over wat een aanvaardbare afwijking betreft. Het rapport bevat helaas geen aanbeveling ten aanzien van ‘welke contractuele rente in consumentenovereenkomsten wél toelaatbaar is’.¹⁴ Het LOVCK wacht verdere ontwikkelingen in de rechtspraak af. Dienaangaande vermeldt het rapport dat: ‘een van de leden van de werkgroep een artikel in voorbereiding [heeft] dat beoogt over die vraag discussie uit te lokken, teneinde tot een norm te komen. Op dit moment is gezien voornoemde verschillende benaderingen wel duidelijk wat zeker wel mag en wat zeker niet, maar blijft er daartussen een grijs gebied en kan geen aanbeveling worden gedaan voor een scherpe grens.’¹⁵ Wat zeker mag is het vorderen van de wettelijke rente. Wat volgens het rapport zeker niet mag, is een boeterentebeding dat een percentage hanteert dat effectief de maximale kredietvergoeding conform de Wet op het consumentenkrediet (Wck) overschrijdt (12% + de wettelijke rente,¹⁶ thans dus 14%).¹⁷ Het is jammer dat het rapport geen voorzetje geeft wat betreft de invulling van het grijze gebied: het had kunnen aanbevelen de handelsrente als bovengrens te hanteren.

4. Het stappenplan

Sinds het *Pénzügyi*-arrest¹⁸ is er veel aandacht voor de ‘twee stadia’ van de ambtshalve toetsing.¹⁹ In het *Heesakkers/Voets*-arrest ziet ook de Hoge Raad de ambtshalve toets als een tweetrapsraket: is de richtlijn van toepassing (de instapfase) dan moet worden nagegaan of het beding

6. Vooralnog bestaan hier echter geen duidelijke aanwijzingen voor in de praktijk. Van de in huurzaken gehanteerde en aanbevolen norm dat pas na drie maanden huurachterstand een ontbinding en ontruiming in beginsel is gerechtvaardigd, wordt in hoger beroep soms ten gunste van de verhuurder afgeweken. Toch loopt het aantal hoger beroepen niet uit de hand. Zou er, in lijn met de Europese rechtspraak, tot een strengere sanctiëring van oneerlijke boetebedingen worden overgegaan (zie par. 8.3 van dit artikel), dan kan het aantal appèlzaken wellicht toenemen.
7. HvJ EU 12 februari 2015, C-567/13 (*Baczó & Viznyiczai*), r.o. 46: ‘De omstandigheid dat de regionale rechters, die geringer in aantal en hoger in rang zijn dan de lokale rechters, zijn aangewezen, kan immers bijdragen aan een meer homogene en gespecialiseerde rechtspraak in zaken die betrekking hebben op de in richtlijn 93/13 opgenomen regels.’
8. Herzien rapport, p. 30.
9. Een oneigenlijk boetebeding geeft de wederpartij het recht om de overeenkomst (vroegtijdig) op te zeggen in ruil voor een geldsom. Het gaat om een contractueel afgesproken keuzemogelijkheid waarbij eigenlijk geen sprake is van wanprestatie van de wederpartij. Bij eigenlijke boetebedingen moet, alvorens de gebruiker een beroep kan doen op het beding, sprake zijn van wanprestatie van de wederpartij (accessoir karakter). Het verschil tussen annulerings- en boetebeding is niet altijd even duidelijk.
10. Herzien rapport, p. 30.
11. Herzien rapport, p. 32.
12. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11 (*Aziz*), r.o. 69 en 70.
13. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.10.
14. Herzien rapport, p. 33-34.
15. Herzien rapport, p. 33-34. Het artikel van de hand van de voorzitter van het LOVCK-overleg, R.H.C. Jongeneel, getiteld ‘Meer dan de wettelijke rente, maar hoeveel meer?’, is inmiddels gepubliceerd in *NJB* 2015/861, p. 1227-1230 met een oproep aan (bedrijfs-)juristen om te reageren.
16. Bij besluit van 4 december 2014, *Stb.* 2014, 491 is de wettelijke rente per 1 januari 2015 teruggebracht naar 2% (dit was 3%).
17. Herzien rapport, p. 33. Aangegeven wordt dat de rechter wel rekening moet houden met het feit dat in WCK-zaken geen buitengerechtelijke kosten kunnen worden gevorderd. Onduidelijk is wat dit betekent: een aftrek ter hoogte van het normbedrag voor deze kosten kan leiden tot een negatieve rente, zie Jongeneel 2015, p. 1229.
18. HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*Pénzügyi Lízing*).
19. J.H.M. Spanjaard, ‘Pénzügyi Lízing/Schneider: HvJ EU verzet de bakens inzake ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden’, *MvV* 2012, afl. 3, p. 79 (zie m.n. par. 3.4); C.M.D.S. Pavillon, ‘Het Heesakkers/Voets-arrest en de twee stadia van de ambtshalve oneerlijkheids-toets’, *TvPP* 2014, afl. 3, p. 81-89 (hierna: Pavillon 2014a).

oneerlijk is (de onderzoeksfase). Binnen de twee stadia van de toets vinden allerhande subtoetsen plaats. In het eerste stadium – de instap – rijst bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van een consument en of over het beding is onderhandeld. In het tweede stadium vindt de daadwerkelijke toetsing plaats, mits de rechter over voldoende gegevens beschikt.

Een stappenplan ziet er mooi uit op papier maar het blijkt in de praktijk lastig om verschillende stappen te onderscheiden omdat zij deels overlappen of zelfs samenvallen. Het LOVCK blijft niet achter in de pogingen een goed werkbaar model op te stellen en in paragraaf 2.7 van het rapport wordt dan ook een stappenplan uit de doeken gedaan. Dit ontbrak in het eerste rapport. Opvallend is dat er niet, zoals in de rechtspraak en literatuur, grofweg twee stadia worden onderscheiden maar dat van een veel ingewikkelder en gedetailleerder stappenplan wordt uitgegaan. Hierbij loopt ook het LOVCK tegen genoemd probleem aan.

De eerste stap betreft de vaststelling of het Europees consumentenrecht van toepassing is en komt overeen met genoemde instapfase: de fase waarin wordt bepaald of het beding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Het rapport wijst bij deze stap op de instructieplicht van de rechter maar nuanceert ‘de praktische betekenis’ hiervan.²⁰ Dit is opmerkelijk: in de praktijk blijkt de impact van het *Pénzügyi*-arrest, waarin het HvJ EU het nemen van instructiemaatregelen in de instapfase verplicht stelt, dus gering. In die fase bestaat er voor de rechter kennelijk zelden de noodzaak om actief op zoek naar feiten te gaan. De tweede stap betreft de vaststelling of ‘een beschermende bepaling in de gegeven situatie relevant is’:

‘In de tweede plaats komt ambtshalve toetsing pas aan de orde als er iets “mis” is. Er moet een situatie zijn waarin de consument (mogelijk) een beroep kan doen op hem beschermende regels van Europees consumentenrecht.’²¹

Het beding is verdacht. Het komt bijvoorbeeld voor op de nationale of Europese lijsten, of brengt ‘gezien de aard van de overeenkomst een opvallend hoog bedrag aan de consument in rekening’.²² Verdedigbaar is dat ook deze stap de vaststelling van de werkingssfeer van de richtlijn betreft en dus onder de instapfase valt waarin de rechter volgens het HvJ EU instructiemaatregelen moet nemen.

Dit blijkt niet rechtstreeks uit het *Pénzügyi*-arrest maar geeft zin aan de instaptoets en bakent de instructieplicht af: de rechter behoeft de toepasselijkheid van de richtlijn pas vast te stellen indien een beding hem verdacht voorkomt. Bij de tweede stap wordt niettemin eigenlijk al een begin met de oneerlijkheidstoets – het tweede stadium – gemaakt.

De derde stap betreft de vaststelling van de voor de toepassing van de beschermende bepaling ‘noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens’.²³ Deze stap is moeilijk los te koppelen van de tweede stap en gaat hier eigenlijk aan vooraf voor zover deze gegevens bepalen dat sprake is van een *verdacht* beding. Het rapport vermeldt:

‘Het kan echter ook gebeuren dat hij op grond van de feiten waarover hij wel beschikt tot de conclusie komt dat het beding mogelijk oneerlijk is [dit is in wezen de tweede stap, toevoeging CMDSP] maar dat hij voor het definitieve oordeel in het dossier niet over alle relevante gegevens beschikt. In die situatie zal nader onderzoek noodzakelijk zijn.’²⁴

De Nederlandse rechter is, zo werd duidelijk in het *Heesakkers/Voets*-arrest, verplicht om die gegevens op te zoeken. Waar de instructieplicht de onderzoeksfase betreft, lijken de Hoge Raad en, in het verlengde hiervan, het LOVCK, meer van de rechter te verlangen dan het HvJ EU, dat een onderzoek naar de oneerlijkheid gebiedt *zodra* de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.²⁵ Op het moment dat de rechter een definitief oordeel over een beding moet vellen, zal de rechter, zo leidt het LOVCK bijvoorbeeld af uit het *Banif*-arrest, de volledige overeenkomst moeten opvragen.²⁶ In dit arrest oordeelt het Hof echter slechts dat de rechter acht moet slaan op de overige bedingen van de overeenkomst wanneer hij nagaat of het beding oneerlijk is, en niet dat hij zelf achter deze informatie aan moet gaan.

De vierde stap houdt in dat de rechter bij een voorgenomen ambtshalve toepassing van een beschermende bepaling het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet nemen (in lijn met de rechtspraak van het HvJ EU en de Hoge Raad).²⁷ Toepassing hiervan kan samenvallen met een ‘nader onderzoek’ zoals bedoeld in stap drie maar dit hoeft niet: de rechter kan bij de tweede stap al overtuigd zijn van het zwarte karakter van een beding. De

20. Herzien rapport, p. 12.

21. Herzien rapport, p. 12.

22. Herzien rapport, p. 13.

23. Het rapport gaat op p. 13-14 ten aanzien van het wel of niet voorbijgaan aan grenzen van de rechtsstrijd m.i. ten onrechte uit van een tegenstelling tussen het standpunt van Loos en dat van Ancery en Krans. In de benadering van Loos is ook ruimte voor de toetsing van een beding waar geen beroep op is gedaan maar de vordering wel mede daarop is gebaseerd. Het beding is dan immers relevant voor de beoordeling van het geschil tussen partijen.

24. Herzien rapport, p. 14.

25. Het HvJ EU lijkt de instructieplicht van de rechter te beperken tot de instapfase (zie *Pénzügyi*, r.o. 51: ‘Teneinde de doeltreffendheid van de door de gemeenschapswetgever gewenste consumentenbescherming te waarborgen, dient de nationale rechter dus in alle gevallen, ongeacht zijn nationale recht, na te gaan of over het litigieuze beding afzonderlijk tussen een verkoper en een consument is onderhandeld’), terwijl de Hoge Raad deze uitbreidt tot de onderzoeksfase (r.o. 3.9.1). Zie ook concl. A-G M.H. Wissink voor HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, punt 3.13.2 (slot).

26. Herzien rapport, p. 15-16.

27. Zie HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, *TvC* 2013, afl. 4, m.nt. R.R.M. de Moor (*Banif*), p. 172 e.v. en R.R.M. de Moor, in: L. van Heijningen e.a. (red.), *Doorwerking van Europees recht in het nationaal procesrecht*, *Preadvies NVvP* 2012, Den Haag: BJu 2013, p. 41 e.v.

toepassing van het beginsel moet dan een verrassingsbeslissing voorkomen.²⁸

De vijfde stap betreft de vaststelling van de gevolgen van de ambtshalve toepassing voor de (rest van de) overeenkomst. In beginsel blijft het contract voortbestaan en is er sprake van partiële nietigheid. Dat splitsing, reductie, conversie en de aanvulling van de overeenkomst Europeesrechtelijk niet (zonder meer) zijn toegestaan, krijgt nauwelijks aandacht in het rapport. Dit bespreek ik hierna, in par. 8.3.

Interessant is de toevoeging dat er soms een zesde stap, een 'uitoefeningstoetsing' ex art. 6:248 lid 2 BW, nodig is indien het beding *niet* onredelijk bezwarend blijkt te zijn. De mogelijkheid van een dergelijke alternatieve toets wordt in de praktijk ook gebruikt.²⁹ Deze alternatieve toets is naar ik meen echter niet door het HvJ EU opgelegd, ervan uitgaand dat de onredelijk-bezwarend-toets, waarover het HvJ EU 'zeggenschap' heeft, overeenkomt met de toets van art. 3 lid 1 richtlijn.³⁰ Of deze stap moet worden gezet, dient aan de hand van het Nederlandse procesrecht te worden beantwoord in het kader van art. 25 Rv, de verplichte aanvulling van rechtsgronden. Van een nadere instructieplicht, een onderzoek naar de omstandigheden *na* de contractsluiting bijvoorbeeld, is bij deze stap geen sprake.

5. Waar het stappenplan tekortschiet

In de Nederlandse rechtspraak wordt bij de ambtshalve toets veelal uitgegaan van een grijze-lijst-benadering, ook bij bedingen die aan de open norm moeten worden getoetst (zoals de bedingen uit de Europese lijst). Het rapport beveelt deze benadering ook aan in paragraaf 3.3 slot. Als een beding verdacht is, dan kaatst de rechter de bal terug naar de gebruiker. De gebruiker moet dan aantonen dat het beding *niet* oneerlijk is. Het rapport zegt weinig over hoe sterk het 'vermoeden' van oneerlijkheid op grond van de open norm ('mogelijk oneerlijk'³¹) moet zijn om een dergelijke benadering te volgen.³² Meer in het algemeen wordt weinig aandacht geschonken aan de vraag wanneer een beding zo verdacht is, dat de rechter in actie moet komen (stap drie en volgende). Is het feit dat een beding afwijkt van de wet voldoende? Is een beding niet verdacht omdat het niet op een lijst voorkomt?³³ Zijn alle annuleringsbedingen ongeacht hun hoogte verdacht? De praktijkvoorbeelden uit de paragrafen 3.4 en 3.5 van het rapport bieden enig houvast maar een nadere

uitwerking van deze laatste paragraaf zou zeer welkom zijn.

Neem bijvoorbeeld een vordering van een internetprovider betreffende achterstallige alles-in-1 abonnementstermijnen. Terwijl de consument al gestopt was met betalen is het tarief verhoogd op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding. Een deel van de niet-betaalde termijnen is gebaseerd op het gewijzigde tarief. Dient de rechter dit eenzijdige wijzigingsbeding onder de loep te nemen? Het beding bepaalt de hoogte van de termijnen en is dus 'relevant voor de beoordeling van het geschil tussen partijen'.³⁴ Het beding staat op de Europese lijst (onderdeel j), heeft aandacht gekregen van het HvJ EU en kan als verdacht worden gezien. Er is sprake van een consument. Het beding valt zonder meer binnen de werkingssfeer van de richtlijn maar of het oneerlijk is, is niet op voorhand te zeggen. Het beding moet aan de open norm worden getoetst. Hiervoor zijn feiten nodig. Om de redelijkheid van een dergelijk beding te onderzoeken moet de rechter volgens het HvJ EU onder meer nagaan of de consument is ingelicht over de wijziging, of hij een opzeggingsmogelijkheid heeft (daarvoor is de overeenkomst nodig) en of hij 'vóór sluiting van de overeenkomst op duidelijke en begrijpelijke wijze [is geïnformeerd] over de voornaamste voorwaarden voor uitoefening van dat recht op eenzijdige wijziging'.³⁵ De rechter zal veelal niet over deze informatie beschikken. De vraag is hoever de rechter in een dergelijk geval moet gaan met het door de Hoge Raad voorgeschreven ambtshalve onderzoek naar de feiten. Het rapport geeft op dit punt weinig sturing.

6. Het vervallen van de korte route

De meest opvallende wijziging in het nieuwe rapport volgt uit de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad inzake de kwalificatie van telefoonabonnementen met een 'gratis mobieltje'.³⁶ Als gevolg van deze uitspraak is de zogenaamde 'korte route' in telefoonzaken komen te vervallen (de vrijwillige beperking van de vordering tot 75%³⁷). Deze route vroeg, indien de waarde van het toestel niet in de overeenkomst was bepaald, om een schatting van de waarde van het verstrekte toestel en ging er impliciet van uit dat de overeenkomst, ook voor zover zij betrekking had op dat toestel, *geldig* was. Dit blijkt met het oog op de kwalificatie van de overeenkomst als huurkoop niet het geval (art. 7A:1576 lid 2 BW).³⁸

28. Ook in verstekzaken moet het beginsel worden toegepast in de zin dat de eiser de gelegenheid moet krijgen te reageren op een voorgenomen toetsing.

29. Zie bijv. Rb. Rotterdam 4 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4196, *NJF* 2012/398.

30. Alleen tegen eenmalig gehanteerde, niet onderhandelde oneerlijke bedingen biedt art. 6:233 onderdeel a BW ten onrechte geen bescherming.

31. Herzien rapport, p. 14.

32. Complicerende factor vormt de medewerking van de gebruiker. Gaat de rechter op onderzoek uit, dan is dat omdat hij aanvullende feiten nodig heeft. Werkt de professionele partij niet goed mee dan weet de rechter mogelijk nog steeds niet genoeg om het beding te vernietigen. Een rechter die nog een beetje twijfelt maar niet alle gegevens krijgt die hij nodig heeft, kan het beding gelet op art. 22 en 88 Rv niettemin vernietigen (zoals ook past bij een grijze-lijst-benadering).

33. Vgl. Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165, r.o. 2.7.

34. Zie herzien rapport, p. 13-14. Dit is een voorbeeld van een toetsing van een beding waarop geen beroep wordt gedaan maar dat wel mede ten grondslag ligt aan de vordering.

35. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*RWE*), r.o. 52 e.v. Zie over wijzigingsbedingen ook: HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*), r.o. 39-40.

36. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *TvC* 2014, afl. 5, m.nt. R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos.

37. Eerste rapport, p. 17.

38. Indien de toestelwaarde wel bekend is, is er geen reden de korte route nog te gebruiken. Omdat de belcomponent en de toestelcomponent beide bekend zijn, kan dan immers zonder bezwaar de rekenmethode behorende bij de lange route worden gebruikt.

In plaats van de korte route worden de bepalingen inzake huurkoop art. 7A:1576 e.v. BW toegepast. Hoewel deze niet van Europese origine zijn, wordt niettemin aanbevolen om deze bepalingen, die volgens het LOVCK de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg kunnen hebben, ambtshalve toe te passen:

‘Met nietigheid van rechtswege in de zin van art. 3:40 is naar de werkgroep meent gelijk te stellen de bepaling in art. 7A:1576 lid 2, te weten dat de overeenkomst “niet van kracht wordt” voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald.’³⁹

Een recente uitvoerige toepassing van het arrest van 13 juni 2014 betreft de in deze aflevering van *TvC* (p. 151) geannoteerde uitspraak van de Kantonrechter te Arnhem.⁴⁰ Bij sommige kantonrechters bestaat echter een zekere terughoudendheid ten aanzien van de door het LOVCK gedane aanbevelingen. In dat kader heeft de Kantonrechter te Almere zijn voornemen kenbaar gemaakt om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over de verplichting tot ambtshalve toepassing van de huurkoopbepalingen en hun openbare-orde- dan wel dwingendrechtelijke karakter, dit laatste met het oog op de noodzaak van een ambtshalve vernietiging.⁴¹ Ook deze uitspraak is in deze aflevering van *TvC* opgenomen (p. 150) en genoemde annotatie gaat hier kort op in. De verdere gevolgen van de prejudiciële uitspraak worden niet allemaal in kaart gebracht. Daarvoor is het nog te vroeg.

‘De stand van zaken is thans dat in zeer veel zaken naar aanleiding van het arrest over het “gratis toestel” nadere informatie is opgevraagd, die evenwel nog vrijwel niet is ontvangen, zodat ook de standpunten van de telecomproviders thans nog niet bekend zijn. Het is daarom nog niet mogelijk op dit punt nadere aanbevelingen te doen.’⁴²

Vaststaat dat veel van deze gevolgen het bestek van dit rapport te buiten gaan (denk aan de toepasselijkheid van de BIK, gezien de werking van art. 34 Wck).⁴³

7. De verwerking van de rechtspraak van de Hoge Raad

Op Rechtspraak.nl wordt aangekondigd dat het rapport twee uitspraken van de Hoge Raad bespreekt.⁴⁴ Daarmee wordt bedoeld het voor de ambtshalve toets bepallende *Heesakkers/Voets*-arrest en de voor de mobiele telefonie-overeenkomst essentiële reeds besproken prejudiciële

uitspraak.⁴⁵ Het *Van Marrum/Wolff*-arrest uit 2012⁴⁶ wordt echter nauwelijks besproken (het wordt kort aangestipt op pagina 23 bij de bespreking van het arbitragebeding), laat staan dat de ogenschijnlijke spanning tussen deze uitspraak en de ambtshalve toetsingsplicht aan de orde wordt gesteld.

De Hoge Raad wijst er in genoemd arrest op dat de toetsing van een arbitragebeding aan art. 6:233 onderdeel a BW vergt dat het beding aan een concrete toetsing wordt onderworpen. Omstandigheden die het specifieke geval overstijgen, zijn niet beslissend bij de toetsing aan de open norm. De zwarte-lijst-benadering van het arbitragebeding (voorafgaand aan de opname hiervan in art. 6:236 onderdeel n BW per 1 januari 2015) was volgens de Hoge Raad niet toegestaan. Het arrest bepaalt dat de toetsing van een arbitragebeding aan de open norm niet voldoende concreet is als zij neerkomt op ‘een algemene argumentatie die gelijkelijk geldt voor ieder gebruik van in algemene voorwaarden opgenomen arbitragebedingen als de onderhavige die deel uitmaken van een overeenkomst tussen een gebruiker en een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (consument)’ (r.o. 3.4).

Aanbevelingen 4, 5, 7 en 8 staan op het eerste gezicht op gespannen voet met het *Van Marrum/Wolff*-arrest omdat zij gebaseerd zijn op een algemene argumentatie die gelijkelijk geldt voor ieder gebruik van een boetebeding in de betreffende overeenkomst. Aanbeveling 4 behelst bijvoorbeeld een redenering die erop neerkomt dat een beding dat op het niet tijdig inleveren van een creditcard een boete stelt die hoger kan oplopen dan € 1000 te allen tijde onredelijk bezwarend is.

Aan de andere kant kan worden beargumenteerd dat de overweging van de Hoge Raad ziet op een type beding in het algemeen (zoals het boetebeding) in alle consumentenovereenkomsten, ongeacht hun aard. Het ‘hoger kunnen oplopen dan € 1000’ vormt weliswaar een geobjectiverd gezichtspunt maar ziet op een boetebeding in een bijzonder type overeenkomst (de creditcardovereenkomst) en moet in het specifieke geval worden geconcretiseerd (niet alle boetebedingen in creditcardovereenkomsten zullen hoger oplopen dan € 1000). Bij de toetsing van een boetebeding zal dus op twee bijzondere omstandigheden worden gelet: de aard van de overeenkomst en de concrete hoogte van het boetebeding. Daarmee is de toetsing naar ik aanneem voldoende concreet. Een andere lezing van de aangehaalde rechtsoverweging is echter ook mogelijk. Het rapport doet evenwel geen poging om de verschillen die bestaan tussen de aanbevelingen en het *Van Marrum/Wolff*-arrest wat betreft de wijze van toetsing aan de open norm, glad te strijken.

39. Herzien rapport, p. 35.

40. Rb. Gelderland 10 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7699; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4457.

41. Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1813. Deze rechter vraagt zich tevens af of het beding waarin is bepaald dat een maandelijks bedrag wordt betaald voor het toestel en voor de mobiele diensten zonder dat dit bedrag wordt uitgesplitst een kernbeding vormt, dat buiten het toepassingsbereik valt van de richtlijn. Deze vraag is opmerkelijk want dit beding wordt in de door het LOVCK voorgestelde aanpak niet getoetst aan de onredelijk-bezwarend-norm.

42. Herzien rapport, p. 40.

43. Zie J.H.M. Spanjaard, ‘Voor niets gaat de zon op’, *Contracteren* 2014, afl. 3 en W.H. van Boom, ‘Is een telefoonabonnement met “gratis” toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?’ *AA* 2014, afl. 10, p. 825-833.

44. www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Pages/rapport-Ambtshalve-toetsing-van-Europees-consumentenrecht.aspx.

45. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *TvC* 2014, afl. 5, m.nt. R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos.

46. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *TBR* 2012/206, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Van Marrum/Wolff*).

Zo rijst de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot de ambtshalve toets (waarbij de consument niets hoeft te stellen) en met name tot het ontstaan van een vermoeden van oneerlijkheid (stap twee).⁴⁷ Dit vermoeden zal veelal gebaseerd moeten worden op feiten uit het dossier (binnen de ruime grenzen van de rechtsstrijd) en op feiten van algemene bekendheid (art. 124 Rv). De aanbevolen grijze-lijst-benadering conflicteert op het eerste gezicht met de overweging dat op de consument die zich beroept op de open norm (zoals bij boetebedingen) een stel- en bewijsplicht rust,⁴⁸ voor zover deze plicht bij een gebrek aan feiten naar de gebruiker verschuift.

‘Indien het definitieve oordeel afhangt van nader vast te stellen omstandigheden kan de rechter wel een voorwaardelijk voornemen tot vernietigen kenbaar maken, naar analogie van de grijze lijst: de rechter spreekt dan een vermoeden van onredelijke bezwarendheid uit, maar stelt de gebruiker in de gelegenheid omstandigheden naar voren te brengen die tot een ander oordeel kunnen leiden.’⁴⁹

Het rapport had meer aandacht kunnen besteden aan hoe de hoge eisen die in het *Van Marrum/Wolff*-arrest worden gesteld aan de concrete onderbouwing van de oneerlijkheidstoetsing⁵⁰ zich verhouden tot het aan de ambtshalve toetsingsplicht ten grondslag liggende beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁵¹ Ook had het rapport enkele aanbevelingen kunnen doen met het oog op dit arrest. Zo is van belang dat de rechter laat blijken dat hij zich bij de toepassing van de aanbevelingen in het kader van de toetsing aan de open norm voldoende baseert op de concrete omstandigheden van het geval.⁵²

8. De verwerking van de rechtspraak van het HvJ EU

In het rapport is er veel aandacht voor de indrukwekkende lijst van Europese uitspraken met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen. Hierna plaats ik een aantal

kritische kanttekeningen bij de lezing van deze rechtspraak door het LOVCK.

8.1. *Uit de Europese rechtspraak afkomstige gezichtspunten bij de onredelijke-bezwarend-toets*

In paragraaf 2.9, veelbelovend getiteld ‘Welke bedingen zijn in Europese rechtspraak als oneerlijk aangemerkt’, biedt het rapport een overzicht van uitspraken die sturing verschaffen bij de invulling van de oneerlijkheidstoets. Deze uitspraken zijn echter dun gezaaid en eigenlijk kan alleen van het forumkeuzebeding in de *Océano*-zaak⁵³ worden gezegd dat het door het Hof als oneerlijk is bestempeld.⁵⁴ In het licht van de in het rapport aangehaalde *Mostaza Claro*-⁵⁵ en *Asturcom*-uitspraken⁵⁶ is ook het arbitragebeding verdacht. Beide bedingen staan (inmiddels) op de Nederlandse zwarte lijst.⁵⁷ Dit geldt echter niet voor het in het rapport centraal staande (eigenlijke) boetebeding.

Dit beding speelde een rol in de *Asbeek Brusse*-uitspraak maar hierin doet het Hof, zo benadrukt het rapport, ‘geen uitspraak over de vraag of het boetebeding in die zaak tot een “onevenredig hoge schadevergoeding” leidt.’⁵⁸ De uitkomst van de oneerlijkheidstoets in een concreet geval wordt aan de rechter overgelaten. De *Océano*-uitspraak was in dat opzicht een uitzondering. In het daaropvolgende *Hofstetter*-arrest⁵⁹ nam het Hof ook meteen zo veel gas terug, dat het jarenlang geen bruikbare informatie meer heeft gegeven over hoe de oneerlijkheidstoets moest worden uitgelegd. Recente jurisprudentie van het Hof brengt hier evenwel verandering in. Het in paragraaf 2.8 van het rapport besproken *Aziz*-arrest geeft enige gezichtspunten bij de toetsing van boetebedingen en het *RWE*-arrest⁶⁰ bevat aangrijpingspunten bij de beoordeling van wijzigingsbedingen. Naar dit arrest wordt heel kort verwezen in paragraaf 2.9 van het rapport.⁶¹

Het rapport schenkt voorts aandacht aan het in de *Cofidis*- en *Kásler*-arresten centraal staande onduidelijke beding en merkt op dat:

47. Pavillon 2014a, nr. 18.

48. De Hoge Raad benadrukt in r.o. 3.4 van het arrest dat consument de bij de concrete inhoudstoets mee te wegen omstandigheden in beginsel zelf dient te stellen en zo nodig te bewijzen.

49. Herzien rapport, p. 30.

50. Zie concl. A-G M.H. Wissink voor HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, punt 3.13.3 (slot).

51. Zie over die verhouding: C.M.D.S. Pavillon, ‘Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm’, *NTBR* 2011, afl. 8, nr. 5.

52. C.M.D.S. Pavillon, ‘De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse algemenevoorwaardenregeling (afdeling 6.5.3 BW)’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht, deel 42-II), Deventer: Kluwer 2014, nr. 24 (hierna: Pavillon 2014b).

53. HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98-C-244/98, *NJ* 2000/730 (*Océano*).

54. De auteurs van het rapport lezen in het *Pannon*-arrest (HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, *TvC* 2009, afl. 5, m.nt. M.B.M. Loos, r.o. 36-44) ten onrechte een bevestiging van deze uitspraak: herzien rapport, p. 21. Inmiddels is dankzij het *Pénzügyi*-arrest duidelijk dat het Hof het forumkeuzebeding inderdaad als een zwart beding beschouwt maar in *Pannon* leek het Hof toch echt een stap terug te doen door voor een andere formulering te kiezen dan in *Océano* (dat het hierbij om een bewuste woordkeuze gaat, blijkt ook uit de andere taalversies). Vgl. *Océano*, r.o. 24 met *Pannon*, r.o. 44. Een dergelijk beding ‘moet’ niet, maar ‘kan’ als oneerlijk worden aangemerkt.

55. HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *NJ* 2001/201 (*Mostaza Claro*).

56. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08 (*Asturcom*).

57. Het arbitragebeding is recent toegevoegd aan art. 6:236 onderdeel n BW en dit artikel verbiedt ook forumkeuzebedingen ten nadele van consumenten. Art. 108 lid 2 jo. art. 101 Rv verbiedt (ook) forumkeuzebedingen in consumentenovereenkomsten en art. 110 Rv regelt de ambtshalve toetsing door de rechter.

58. Herzien rapport, p. 25 met verwijzing naar HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse*).

59. HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *NJ* 2005/75 (*Hofstetter*).

60. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*RWE*).

61. Zie over boete- en wijzigingsbedingen: C.M.D.S. Pavillon, ‘Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg’, *TvC* 2014, afl. 4 (hierna: Pavillon 2014c), nr. 17-19.

‘Over onduidelijke of onbegrijpelijke bedingen moet nog worden opgemerkt dat art. 6:238 lid 2 inzake onduidelijkheid en begrijpelijkheid en uitleg “contra proferentem” zich zo nodig leent voor ambtshalve toepassing’.⁶²

Deze ambtshalve toetsing is niet direct gebaseerd op een Europese uitspraak maar zonder meer in lijn met de jurisprudentie betreffende de richtlijn.⁶³ Als een onduidelijk beding als oneerlijk moet worden aangemerkt, dan is vernietiging overigens de aangewezen sanctie⁶⁴ (tenzij vernietiging in het nadeel is van de consument zo stel ik mij voor). De uitlegregel is om die reden ook uitgeschakeld in collectieve procedures.

8.2. *Constructora Principado (2014)*⁶⁵

De auteurs van het rapport weerspreken dat ‘bij het HvJ een tendens [bestaat] naar een meer abstracte toetsing, waarbij wordt geabstraheerd van de kenmerken van partijen, de omstandigheden rond de contractsluiting en de concrete belangen van partijen’.⁶⁶ In de zaken *Aziz* en *Constructora Principado* was echter ontegenzeggelijk sprake van een meer abstracte benadering van de oneerlijkheidstoets.⁶⁷ Het Hof overweegt in deze laatste zaak dat voor het vaststellen van een aanzienlijke verstoring:

‘reeds voldoende is dat de rechtspositie waarin die consument als partij bij de overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, worden beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien’ (r.o. 30, zie ook r.o. 23).

Uit dit antwoord kan worden afgeleid dat de verstoring op abstracte wijze ‘uit één welbepaald beding’ kan worden opgemaakt. Binnen een concrete toets waarbij de rechter acht slaat op de omstandigheden genoemd in art. 4 lid 1 richtlijn (r.o. 24), kan het feit dat het beding de toetsing aan de nationale wet niet doorstaat, beslissend

zijn voor het aannemen van een ‘aanzienlijke verstoring’ van het contractevenwicht.

Ik bespeur deze tendens overigens ook in de Nederlandse rechtspraak (inclusief het *Heesakkers/Voets*-arrest, dat in dit opzicht sterk contrasteert met het eerder besproken *Van Marrum/Wolff*-arrest⁶⁸). Zij is ontstaan onder invloed van de ambtshalve toetsingsplicht (in met name verstekzaken) en niet in de laatste plaats onder invloed van het LOVCK-rapport zelf (vgl. de aanbevelingen en de voorgestelde grijze-lijst-benadering).⁶⁹ De in het *Van Marrum/Wolff*-arrest onderstreepte belang van alle omstandigheden van het geval bij de toetsing aan de open norm (zie hiervoor par. 7) kan in het licht van vorenstaande enigszins worden genuanceerd.

8.3. *Kásler (2014) en de rechtsgevolgen van vernietiging*⁷⁰

In paragraaf 2.10 van het rapport wordt ingegaan op de gevolgen van de vernietiging van een beding en komt heel kort het door het Hof uitgesproken verbod op herziening van de inhoud van het beding en de overeenkomst (matiging, reductie en conversie) aan bod.⁷¹ De betreffende alinea’s doen naar mijn mening geen recht aan de rechtspraak van het Hof op dit gebied. Het belang van een afschrikkende sanctionering van onredelijk bezwarende bedingen blijft in het rapport naar mijn mening onderbelicht. Omdat de aanbevelingen vooral in door *repeat players* aangespannen zaken worden toegepast, moet de afschrikkende werking van de richtlijn optimaal doorklinken in het rapport. Dit is niet het geval.

Het ‘herzien’ van een onredelijk bezwarend beding is niet toegestaan. Herziening moet ruim worden opgevat en behelst onder meer de matiging, reductie en conversie.⁷² Als een sanctie hierop neerkomt, is zij niet toegestaan.⁷³ Voorkomen moet worden dat een situatie ontstaat waarin het beding alleen van zijn scherpe randjes wordt ontdaan en de professionele partij niet voldoende wordt ontmoedigd om oneerlijke bedingen te gebruiken. De volgende passage in paragraaf 2.10 berust op een in mijn ogen onjuiste, althans onvolledige lezing van het *Kásler*-arrest.

62. Herzien rapport, p. 24.

63. Vgl. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83, r.o. 3.6.

64. Wanneer dit het geval is, is helaas niet duidelijk. Het zeer recente HvJ EU 23 april 2015, C-96/14 verschaft veel gezichtspunten bij de beoordeling van de transparantie van bedingen maar gaat helaas niet in op de verhouding tussen art. 3 en 5 van de richtlijn.

65. HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, *JOR* 2014/153, m.nt. R.W.E. van Leuken (*Constructora Principado*).

66. Herzien rapport, p. 22, noot 72 aldaar, waarin een artikel van A.G.F. Ancery wordt aangehaald: ‘Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?’, *MvV* 2014, afl. 4.

67. Pavillon 2014c, nr. 5.

68. Pavillon 2014a, nr. 18 (slot).

69. Pavillon 2014b, nr. 29.

70. Zie over dit arrest uitgebreid: C.M.D.S. Pavillon, ‘Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?’, *TvPP* 2015, afl. 3, p. 70-76.

71. Zie over dit verbod o.m.: R. Meijer, ‘Banesto/Caldéron Camino – Unierechtelijke geboden en verboden bij toetsing aan Europees Consumentenrecht’, *MvV* 2012, afl. 10, p. 295-299; E.H. Hondius, ‘Privaatrecht Actueel. Terug naar Banesto: de afwijzing van geltungserhaltende Reduktion’, *WPNR* 2013, afl. 6967, p. 203-204; M.B.M. Loos, ‘Privaatrecht Actueel. Rechtsgevolgen van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden’, *WPNR* 2012, afl. 6940, p. 561-562; W.H. van Boom, ‘Begrijpelijke hypotheekvoorwaarden en consumentengedrag’, in: T.M. Berkhout & A.A. van Velten (red.), *Perspectieven voor vastgoedfinanciering* (Congresbundel van de Stichting Fundatie Bachiene), Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2014, p. 54-55.

72. In de literatuur wordt de reductie met het oog op het bereikte resultaat in verband gebracht met de matiging (M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 434) en de conversie (V. van den Brink, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 89).

73. Bij splitsing (eigenlijk een toepassing van art. 3:41 BW) dient de rechter zich af te vragen of het af te splitsen deel los kan worden gezien van de rest van het beding. Dat dit zo is, mag hij niet te snel aannemen: vgl. Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9891 en Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5421, r.o. 2.4, *NTHR* 2014, afl. 5, m.nt. P.H. Leerink (‘Geen premie, wel dekking. Ambtshalve vernietiging van met art. 7:934 BW strijdige schorsingsclausule in consumentenverzekering’).

‘In het arrest Kásler (2014) overweegt het HvJ dat er geen bezwaar is tegen een nationale bepaling op grond waarvan de rechter de nietigheid van een beding kan verhelpen door het te vervangen door een nationaal voorschrift van aanvullend recht. Een voorbeeld: in plaats van een onredelijk hoge contractuele rente kan dus de wettelijke rente worden toegepast en hoeft niet te worden geredeneerd: geen contractuele rente dan helemaal geen rente.’⁷⁴

Het opvullen van de door de vernietiging ontstane leemte aan de hand van aanvullend recht (of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) is anders dan ten tijde van het *Banesto*-arrest werd aangenomen,⁷⁵ niet zonder meer mogelijk. In het *Kásler*-arrest⁷⁶ benadrukt het Hof weliswaar dat aanvullend recht het contractevenwicht herstelt (overweging 13 van de considerans bij de richtlijn⁷⁷) maar legt het ook het accent op de voor het bereiken van haar doelstelling vereiste afschrikkende werking van de richtlijn (r.o. 83). Dat het herstel van het contractevenwicht niet ten koste mag gaan van die afschrikkende werking, blijkt uit het feit dat het Hof de mogelijkheid tot aanvulling van de overeenkomst met regelen recht expliciet koppelt aan de situatie waarin de overeenkomst niet kan blijven voortbestaan (i.e. partiële nietigheid is niet mogelijk) en de consument hierdoor wordt benadeeld (omdat hij bijvoorbeeld het geleende bedrag ineens verschuldigd is). De gedachte hierachter is dat de vernietiging van het beding niet ten nadele van de consument mag uitvallen om haar afschrikkende werking te behouden.⁷⁸ Dat wanneer na de vernietiging van het beding de aanvullendrechtelijke regel van kracht wordt, een met een conversie vergelijkbaar resultaat wordt bereikt,⁷⁹ neemt het Hof dan (kennelijk) voor lief. Er moet steeds voor de meest afschrikkende sanctie worden gekozen.

‘Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat *in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding* [cursivering, CMDSP], waarin een overeenkomst tussen een verkoper en een consument niet kan blijven voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk beding, die bepaling zich niet verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan de nationale rechter de nietigheid van dat beding kan verhelpen door het te vervangen door een nationaal voorschrift van aanvullend recht.’⁸⁰

De vraag is dus of de overeenkomst kan blijven voortbestaan zonder het vernietigde beding (de toets uit art. 3:41 BW en het *Jöros*-arrest⁸¹ aangehaald op pagina 25 van het rapport). Doorslaggevend is het onverbreekelijke verband tussen het beding en de overeenkomst gelet op haar inhoud en strekking. Dit verband kan blijken uit het feit dat de overeenkomst onuitvoerbaar is zonder het beding.⁸² Niet slechts het schrappen van een kernbeding maar ook dat van een algemene voorwaarde kan de overeenkomst onuitvoerbaar maken (vgl. het berekeningswijzebeding uit het *Kásler*-arrest).

Om bij het in paragraaf 2.10 van het rapport genoemde voorbeeld te blijven: kan een overeenkomst tussen een verkoper en een consument blijven voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk rentebeding? Op het eerste gezicht lijkt dit wel het geval te zijn.⁸³ Hoewel het twijfelachtig is of een overeenkomst waarin de consument niet wordt ‘gestraft’ voor een te late (terug)betaling, op de lange termijn levensvatbaar is,⁸⁴ kan men moeilijk anders concluderen dan dat de overeenkomst uitvoerbaar blijft.⁸⁵ Het vernietigen van een oneerlijk rentebeding is niet in het nadeel van de consument. Het aanvullende recht – de wettelijke rente – mag de door de vernietiging ontstane leemte in de overeenkomst dus niet opvullen door het beding te vervangen.

De bovengenoemde te ruime lezing van het *Kásler*-arrest werkt door in de gedane aanbevelingen. Zo wordt in paragraaf 3.4.4 overwogen dat ‘als het beding dat tot vroege opeisbaarheid leidt wordt vernietigd, [er] wel (zo nodig met aanvulling van rechtsgronden) een redelijke schadevergoeding (op grond van artikel 6:277) zal moeten worden vastgesteld, omdat de abonnee immers door niet tijdig te betalen zijn verbintenis niet nakomt’. Dit sorteert in mijn optiek hetzelfde effect als een ‘vervanging door een nationaal voorschrift van aanvullend recht’ zonder dat dit voor de uitvoerbaarheid van de overeenkomst noodzakelijk is. Ik zie in de (zo nodig ambtsbalve) toewijzing van schadevergoeding (deel van de belcomponent) een vorm van conversie die door het Hof is verboden als de telecomprovider een oneerlijk boetebeding hanteert. Hij leert het op die manier niet af.

Aanbeveling 5 en de voorgestelde berekening van de schadevergoeding (schade = restant toestelwaarde⁸⁶ + helft van onbetaalde maandelijkse belcomponenten) staan mijns inziens op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof. De gehanteerde terminologie bij de beschrijving

74. Herzien rapport, p. 25-26.

75. HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos (*Banesto*).

76. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*).

77. ‘Overwegende dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten waarin bedingen van overeenkomsten met consumenten, direct of indirect, worden vastgesteld, worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten.’

78. Als bijvoorbeeld een hypothecaire leningsovereenkomst na het schrappen van een berekeningswijzebeding zou ophouden te bestaan, dan zou de consument het gehele geleende bedrag onmiddellijk verschuldigd zijn.

79. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2013, nr. 439.

80. Dictum *Kásler*-arrest.

81. HvJ EU 30 mei 2013, C-397/11 (*Jöros*).

82. Conclusie A-G N. Wahl voor *Kásler*, punt 98.

83. A-G Wahl acht daarom het herzien van een verdragingsrentebeding in een hypotheekovereenkomst niet toegestaan: zie punt 30 van zijn conclusie voor de gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13 (*Unicaja Banco* en *Caixabank*) waarin hij stelt dat de ‘de rente-aanspraak van de schuldeiser die een beroep doet op het oneerlijke beding volledig vervalt’.

84. C. Mak trekt het standpunt van A-G Wahl in twijfel in een aan zijn conclusie gewijde blog entry <http://recent-ecl.blogspot.nl/2014/10/spanish-mortgages-continued-ag-wahls.html> (laatst geraadpleegd op 28 april 2015).

85. Vgl. Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9891 en Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5421, r.o. 2.14-2.17.

86. Hierbij dient uit te worden gegaan van de tussen partijen bepaalde waarde, inclusief BTW.

van de te hanteren formule op pagina 37 is ook ongelukkig: 'anders gezegd: een matiging met de helft van de belcomponent over de onbetaalde maanden'. Aangezien het beding inhoudende de vervroegde opeisbaarheid van de resterende termijnen (terwijl de dienstverlening wordt gestaakt) als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, kan van 'matiging' geen sprake zijn. Het gaat hier weliswaar niet om de matiging van het beding zelf doch om een wijze van berekening van de schade op grond van aanvullend nationaal recht, maar deze 'matiging' doet evenzeer afbreuk aan de afschrikkende werking van de vernietiging van het beding. Dat de door de gebruiker van het beding doorgaans *subsidiar* gevorderde wettelijke schadevergoeding volgens het in het rapport aanbevolen, alleszins redelijke berekeningsmodel wordt toegewezen, is daarom onwenselijk. Aan de ene kant valt deze toewijzing buiten het toepassingsgebied van de richtlijn: de richtlijn gaat niet over de toekenning van schadevergoeding op grond van het Nederlandse recht en benadrukt als gezegd de 'eerlijkheid' van dwingend en aanvullend recht in haar considerans. Aan de andere kant komt zij neer op een vervanging van het beding met aanvullend recht en doet de aanbevolen rekenregel afbreuk aan de afschrikkende werking van de sancties op oneerlijke bedingen en dus aan de doeltreffendheid van de richtlijn. Naar ik meen zou de gebruiker het in de desbetreffende procedure met een suboptimale schadevergoeding moeten stellen, die wordt begroot volgens een 'ontmoedigend' berekeningsmodel (waarin kritisch naar de toestelwaarde wordt gekeken en/of de aanspraak op de onbetaalde belcomponent grotendeels vervalt).⁸⁷ En de gebruiker moet vanzelfsprekend zelf een beroep doen op de desbetreffende wettelijke bepalingen.

9. Tot slot: toch snel een derde rapport?

Op het vervallen van de korte route na, zijn de aanbevelingen in grote lijnen ongewijzigd gebleven. Een aantal aanpassingen is ten onrechte uitgebleven: zo is de impact van de recente rechtspraak van het HvJ EU op de sanctionering van oneerlijke bedingen naar ik meen groter dan uit het rapport blijkt. De wijze waarop de recente Europese rechtspraak is verwerkt in het rapport verdient aldus enige kritiek. Mij komt voor dat dit herziene rapport gelet op de hiervoor essentiële recente ontwikkelingen op een ongelukkig moment verschijnt.⁸⁸ Verschillende in het rapport aangekaarte onderwerpen zijn nog niet uitgekristalliseerd en sommige zeer gewenste aanpassingen kunnen simpelweg nog niet worden doorgevoerd. Ten eerste is nog lang niet duidelijk welke gevolgen moeten worden verbonden aan de uitspraak van de Hoge Raad inzake de kwalificatie van de mobiele telefonieovereenkomst als koop op afbetaling/consumentenkrediet. Hierover wordt binnen de rechtbanken nog volop gediscussieerd, zo blijkt ook uit de behoefte aan prejudiciële sturing. Ten tweede bevat het rapport weinig concrete aanbevelingen aangaande de als onredelijk te beschouwen contractuele rente. Op dit punt kan mogelijk overeenstemming worden bereikt tussen de verschillende rechtbanken. Het kan niet

anders of er zal binnenkort een derde versie van dit voor de praktijk cruciale rapport verschijnen.

87. De aanbeveling om schadevergoeding toe te kennen is verdedigbaar vanuit een economisch oogpunt. De gebruiker lijdt schade en lijdt hij te veel schade, dan stopt hij met zijn bedrijf.

88. Naar ik heb begrepen is aan dit rapport een lange voorbereidingstijd voorafgegaan en was langer wachten geen optie.