

De derdenwerking van collectieve acties tegen onredelijke bedingen in het licht van de Europese rechtspraak

Welke gevolgen heeft een collectieve actie tegen onredelijk bezwarende algemene voorwaarden voor een individuele procedure betreffende deze voorwaarden? Naar aanleiding van recente rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de door de Richtlijn oneerlijke bedingen verplicht gestelde verbodsactie, biedt deze bijdrage een overzicht van de verschillende collectieveactiemogelijkheden naar Nederlands recht en beantwoordt zij de vraag hoe collectieve en individuele toetsing van algemene voorwaarden zich tot elkaar verhouden.

Inleiding

In hoeverre is een individueel procederende consument gebonden aan een in een collectieve procedure uitgeoefende inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden? In hoeverre werkt een collectieve uitspraak door in een individuele zaak? Recente rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: Hof of HvJ) betreffende de door de Richtlijn oneerlijke bedingen verplicht gestelde collectieve actie tegen oneerlijke bedingen roept de vraag op hoe collectieve en individuele toetsing van consumentenvoorwaarden¹ zich naar Nederlands recht tot elkaar verhouden en of die verhouding in overeenstemming is met Europees recht.

Om een antwoord te geven op deze vraag bespreek ik eerst de wettelijke inbedding van de collectieve toetsing van algemene voorwaarden naar Nederlands recht. Vervolgens sta ik uitgebreid stil bij de Europese rechtspraak met betrekking tot de verhouding tussen collectieve en individuele actie: de in 2012 gewezen *Invitel*-uitspraak² en de recente *Sales Sinués*-uitspraak.³ Tot slot toets ik de manier waarop die verhouding naar nationaal recht is geregeld aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, zoals uitgelegd door het Hof.

1. Collectieve acties tegen oneerlijke bedingen naar Nederlands recht

1.1. De collectieve actie uit de Richtlijn oneerlijke bedingen en de omzetting hiervan naar Nederlands recht

Art. 7 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt dat de lidstaten erop toezien 'dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers'.

Volgens lid 2 dienen deze middelen 'wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen'. In lid 3 is bepaald dat dergelijke 'beroepen, afzonderlijk of gezamenlijk, [kunnen] worden ingesteld tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene contractuele bedingen'.

Dit artikel verplicht lidstaten om in een collectieve procedure te voorzien waarin bedingen *in abstracto* onredelijk bezwarend kunnen worden verklaard. Naar Nederlands recht voldoet het reeds in 1992 in werking getreden art. 6:240 BW aan die verplichting.⁴ Voor een vordering gebaseerd op art. 6:240 lid 1 BW hoeft het beding nog niet te zijn gebruikt of ingeroepen door de gebruiker.⁵ De actie heeft een preventief karakter. Het Hof Den Haag is bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van verbodsacties. Verder wijst deze bepaling mogelijke gedaagden en eisers aan (lid 2 en 3) en stelt zij tweezijdig overleg verplicht alvorens een actie ingesteld kan worden (lid 4). Heeft een vereniging of stichting ingestemd met de algemene voorwaarden, dan mag zij geen verbodsactie tegen deze voorwaarden beginnen. Aan de collectieve actie tegen onredelijk bezwarende bedingen is een aantal bijzondere sancties gekoppeld (art. 6:241 lid 3 BW) zoals het verbod op het gebruik ervan of het gebod een aanbeveling tot

* Universitair docent, verbonden aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. De richtlijn en de rechtspraak van het Hof betreffen niet de collectieve actie tegen voorwaarden die slechts in b2b-overeenkomsten worden gebruikt.
 2. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*).
 3. HvJ EU 14 april 2016, gevoegde zaken C-381/14 en C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués*).
 4. Zie over deze verbodsactie: B. Wessels & C.M.D.S. Pavillon, 'Collectieve toetsing', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (binnenkort te verschijnen).
 5. HR 16 mei 1997, NJ 2000/1, JOR 1997/91, m.nt. Wessels (*Consumentenbond/EnergieNed en Vewin*).

het gebruik ervan te herroepen.⁶ Als gevolg van Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen⁷ is de actie opengesteld voor buitenlandse rechtspersonen (art. 6:240 lid 6 BW). Ook de duur van de overlegperiode uit art. 6:240 lid 4 BW (maximaal 2 weken) vloeit voort uit deze richtlijn.

Bij de invulling van de collectieve toets wordt de rechter verwezen naar de gezichtspunten uit art. 6:233 onderdeel a BW, met dien verstande dat hij rekening dient te houden met de 'overgrote meerderheid van de gevallen'.⁸ De collectieve toets baseert zich op veralgemeniseerde omstandigheden:

'(...) bezien wordt hier immers of het aangevochten beding onredelijk bezwarend is met het oog op zijn gebruik in overeenkomsten in het algemeen, ongeacht de persoon van de wederpartij en ongeacht de omstandigheden van het geval (...).'⁹

De betekenis van de abstracte invulling van de onredelijk-bezwarend-norm is in de praktijk beperkt. Na een veelbelovende doch mislukte anticipatie op art. 6:240 BW is van een structurele toepassing van dit artikel geen sprake.¹⁰ Dit heeft grotendeels te maken met het succesvolle stelsel van tweezijdig overleg (zoals bedoeld onder lid 4) onder auspiciën van de SER.¹¹ Voorts kan worden gewezen op de prohibatieve kosten van een vaak langdurige collectieve actie.¹²

De actie uit art. 6:240 BW is voorts niet de enige actie waarmee onredelijke algemene voorwaarden kunnen worden bestreden. Er is naar Nederlands recht sprake van een samenloop van collectieve acties tegen oneerlijke bedingen in de zin van de richtlijn.

1.2. Overige collectieve acties tegen oneerlijke bedingen¹³

Twee jaar na de introductie van art. 6:240 e.v. BW, werd in 1994 de algemene regeling collectieve actie ingevoerd in art. 3:305a e.v. BW.¹⁴ Beide regelingen bestaan sindsdien naast elkaar. De regeling uit Boek 6 vormt een *lex specialis* ten opzichte van die uit Boek 3 en is exclusief van toepassing op bedingen in toekomstige overeenkomsten.¹⁵

sten.¹⁵ Bij bestaande overeenkomsten, i.e. bij bedingen die reeds worden gebruikt, geldt deze exclusiviteit niet. De Hoge Raad benadrukte recent nog dat de bijzondere procedure beschreven in art. 6:240 BW er bij bestaande overeenkomsten volgens de parlementaire geschiedenis niet aan in de weg staat:

'(...) dat een belangenorganisatie op de voet van art. 3:305a BW een vordering instelt tot vernietiging van een beding in algemene voorwaarden op de grond dat dit onredelijk bezwarend is (zie Kamerstukken II 1992-1993, 22 486, nr. 3, p. 25). Hetzelfde geldt voor een vordering van een dergelijke organisatie tot verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar is. Dergelijke vorderingen zijn immers niet gericht op de bijzondere gevolgen die zijn verbonden aan een uitspraak op grond van art. 6:241 BW.'¹⁶

Bij een 3:305a-actie is het Hof Den Haag niet exclusief bevoegd.¹⁷ In een recente, in dit tijdschrift geannoteerde, uitspraak van het Hof Amsterdam inzake de onredelijk bezwarendheid van een opslagwijzigingsbeding in de algemene voorwaarden van de zogenaamde Euribor-hypotheekovereenkomst, werd in dat kader de volgende passage aangehaald:

'In de praktijk zal behoefte aan vernietiging door de rechter uit hoofde van een collectieve actie kunnen bestaan bij grote groepen lang lopende gelijkvormige overeenkomsten op basis van gelijke algemene voorwaarden. Men denke aan een huurdersvereniging die uit het oogpunt van rechtszekerheid voor een grote groep huurders bij een verhuurder in rechte de vernietiging van een vermeend onredelijk bezwarend beding in reeds lopende overeenkomsten vordert. (...) Een dergelijke toetsing zal (...) plaats moeten vinden door de rechter die daartoe volgens de gewone regels bevoegd is. Anders dan bij de preventieve toetsing wordt hier de rechterlijke toetsing niet bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage geconcentreerd. Het verschil met de actie van artikel 6:240 BW is immers dat de vernietigingsactie betrekking moet hebben op concrete zich voorgedaan hebbende gevallen van hanteling van litigieuze voorwaarden (Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 22 486, nr. 5, blz. 10).'¹⁸

6. Daarnaast kan ook een veroordeling om de uitspraak openbaar te (laten) maken worden gevorderd.

7. *PbEG* 1998, L 166/51. Deze richtlijn is later vervangen door Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (*PbEU* 2009, L 110/30).

8. HR 16 mei 1997, *NJ* 2000/1; Hof Den Haag 22 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT1762, *TvC* 2005, afl. 4, m.nt. Schaub en Loos; Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000; Hof Den Haag 28 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY9089.

9. *MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1763.

10. HR 25 april 1986, *NJ* 1987/742 (*Consumentenbond/Smilde*).

11. Zie hierover bijv. M.A.B. Chao-Duivis, 'Een nieuwe fase in het leerstuk van algemene voorwaarden (Deel 1)', *TBR* 2015/124.

12. Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 482.

13. Ik laat in deze bijdrage het publiekrechtelijk optreden van de ACM op grond van de Whc buiten beschouwing.

14. Art. 3:305b BW stelt de actie zoals bedoeld in art. 3:305a BW open voor publiekrechtelijke belangenbehartigers. En art. 3:305c BW dient ter omzetting van Richtlijn 98/27/EG kent in het kader van de collectieve handhaving het Europees consumentenrecht het recht op actie toe aan buitenlandse organisaties: Rb. Breda 9 juli 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD6815, *TvC* 2009, afl. 2, m.nt. Van Campen.

15. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën Nieuw BW, deel B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 60.

16. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.6.2 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 3, p. 25.

17. De Hoge Raad oordeelde recent dat een op art. 3:305a BW gebaseerde vordering dat voor recht wordt verklaard dat bedingen uit de AB15, AB34, AB37 en AB00 onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn, ten onrechte naar het Hof Den Haag is verwezen: HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.6.2-4.6.3. Zie: Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.10.2-2.10-3.

18. Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.2 (*Stichting SdB/ABN AMRO N.V.*) en (*Stichting Euribar/ABN AMRO N.V.*), *TvC* 2016, afl. 3, m.nt. mr. drs. J.H.M. Spanjaard.

De actie ex art. 3:305a BW is ontvankelijk indien sprake is van een bundeling gelijksoortige belangen. Bij een 3:305a-actie kan anders dan bij een 6:240-actie, een collectief beroep op de vernietiging van een (bestaand) beding in reeds gesloten overeenkomsten worden gedaan. Hierbij gaat het dus niet zozeer om een preventieve maar veeleer om een repressieve toets (al zal het vernietigde beding niet langer worden gebruikt). Mölenberg en Frenk wezen in het verleden reeds op het belang van de algemene regeling bij de aanpak van bestaande algemene voorwaarden.¹⁹ De onderhandelingsplicht uit art. 3:305a lid 2 BW behelst anders dan die uit art. 6:240 lid 4 BW niet expliciet het bieden van een gelegenheid om de litigieuze voorwaarden te wijzigen. Bij een beroep op de vernietiging van het beding zal het overleg vooraf zich primair op het schrappen van het beding toespitsen, waarbij de belangenorganisatie ruimte kan bieden voor een aanpassing hiervan, dit hoeft echter niet.

Een weg die verenigingen en stichtingen met volledige rechtsbevoegdheid ook kunnen bewandelen om het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in consumentenovereenkomsten te doen staken is die van de bijzondere verzoekschriftprocedure van art. 3:305d BW. Deze bepaling vloeit voort uit de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming²⁰ die vergt dat een collectieve inbreukprocedure voor de publiekrechtelijke toezichthouder wordt opengesteld bij intracommunautaire inbreuken op Europese consumentenbeschermende regels. De verzoekschriftprocedure is echter ook voor private organisaties toegankelijk gemaakt en strekt bovendien tot alle inbreuken, niet slechts de intracommunautaire.²¹

Net als bij een actie ex art. 3:305a BW moeten de verenigingen en stichtingen aan wie procesbevoegdheid toekomt, de behartiging van gelijksoortige belangen van anderen als statutaire doelstelling hebben.²² Art. 6:240 BW staat daarentegen slechts open voor rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die specifiek ten doel hebben de behartiging van belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen of van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten (lid 3).

Het gebruiken of bevorderen van het gebruik van oneerlijke bedingen vormt een inbreuk op de Richtlijn oneer-

lijke bedingen die is opgenomen in het in art. 3:305d lid 1 onderdeel a BW aangehaalde onderdeel a van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Een dergelijke verbodsactie onderscheidt zich in dat opzicht nauwelijks van de verbodsactie van art. 6:240 jo. 241 lid 3 onderdeel a BW. Ook in de verzoekschriftprocedure is uitsluitend het Hof Den Haag bevoegd. Omdat art. 3:305a lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is, is voorafgaand overleg geboden (minimaal twee weken). Voorts wordt beide acties – 6:240 en 3:305d BW – kracht bijgezet door de mogelijkheid om een dwangsom op te laten leggen (art. 6:241 lid 5 resp. art. 3:305d lid 4 BW).

Toch zijn er noemenswaardige verschillen tussen de actie uit Boek 6 en de verzoekschriftprocedure. De bijzondere sancties van art. 6:241 lid 3 BW gelden bij 3:305d-acties niet. Verder gaat het in art. 3:305d BW om een relatief snelle procedure: een dagvaardingsprocedure zoals die van art. 6:240 BW (en art. 3:305a BW) kan jaren duren.²³ Het Hof beslist in een verzoekschriftprocedure ‘onverwijld’ (lid 3). Dit kan erop duiden dat het verzoek voorrang wordt verleend.²⁴ Dat een vereniging heeft ingestemd met de voorwaarden, lijkt tot slot in beginsel niet aan een verzoekschriftprocedure in de weg te staan (vgl. art. 6:240 lid 5 BW).

Over de verhouding tussen art. 6:240 en 3:305d BW is in de wet en bijbehorende parlementaire stukken niets geregeld. De parlementaire geschiedenis van de uit de verordening voortgekomen Whc zwijgt eveneens over de onderlinge relatie tussen collectieve acties, het verschil in duur van de procedures daargelaten.²⁵ Er lijkt niet te zijn stilgestaan bij de samenloop tussen regelingen bij de invoering en latere aanpassing van art. 3:305d BW. Laatstgenoemde actie kan zeer wel van pas komen als er behoefte is aan een dringend optreden en dat is zo komt mij voor, vaak het geval. Art. 3:305d BW is vooralsnog nog niet gebruikt bij een inbreuk op de Richtlijn oneerlijke bedingen.²⁶ Dit verbaast echter niet, daar ook art. 6:240 BW zelden is aangewend, zeker in recente jaren.

2. Europese rechtspraak met betrekking tot de collectieve toetsing van algemene voorwaarden

2.1. Een kort overzicht

Er bestaat relatief weinig Europese jurisprudentie met betrekking tot art. 7 Richtlijn oneerlijke bedingen, de

19. L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 342-343; N. Frenk, *Kollektieve acties in het privaatrecht* (diss. Utrecht) 1994, p. 161-162; Hijma 2010, nr. 61.

20. Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (*PbEU* 2004, L 364/1).

21. Met de inwerkingtreding van de Stroomlijningswet in 2014 (hierna par. 18.7) heeft de toezichthouder intussen niet langer toegang tot de civiele rechter langs de weg van de verzoekschriftprocedure van art. 3:305d BW. Het toepassingsbereik van deze actie is daarentegen uitgebreid. De procedure was aanvankelijk beperkt tot de inbreuk op art. 6:233 onderdeel a (open norm) en art. 6:237 BW (grijze lijst). Thans is zij uitgebreid naar de inbreuken op art. 6:236 BW (zwarte lijst). *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 64 e.v.

22. De ten tijde van de totstandkoming van de Whc verkozene strengere ontvankelijkheidseis is geleidelijk losgelaten. De beperkte bevoegdheden (*Kamerstukken II* 2005/06, 30411, 3, p. 71) waren afgestemd op onderdeel a van de bijlage bij de Whc, dat inmiddels aanzienlijk is uitgebreid.

23. *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, 3, p. 33.

24. Aldus Loos 2013, nr. 487. Deze ‘onverwijldheid’ vormt een Europese verplichting afkomstig uit art. 8 lid 1 Verordening (EG) 2006/2004: *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, 3, p. 33.

25. *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, 3, p. 33.

26. Wel met betrekking tot een inbreuk op de Richtlijn pakketreizen in de tijd dat de toezichthouder nog toegang had tot deze procedure: Hof Den Haag 7 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4880 en Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0024.

meeste rechtspraak inzake de richtlijn betreft immers art. 6 en de hierop gestoelde rechterlijke plicht tot het ambtshalve uitschakelen van oneerlijke bedingen.

Van de schaarse uitspraken waarin art. 7 Richtlijn centraal staat, gaat een tweetal over de vraag welke rechter bevoegd is om over de zaak te beslissen: de Henkel-uitspraak betrof de internationale bevoegdheid bij een collectieve actie tegen oneerlijke bedingen²⁷ en de meer recente Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León-uitspraak betrof een relatieve bevoegdheidsvraag.²⁸ In deze laatste zaak heeft het Hof opgemerkt dat tussen de belangenorganisatie die een collectie actie instelt en de gedagvaarde partij, anders dan tussen consument en gebruiker, geen onevenwichtige relatie bestaat. Dit betekent dat een nationale regeling waarbij verbodsacties van consumentenorganisaties moeten worden ingesteld bij de rechter van de vestigings- of woonplaats van de gedaagde partij, en waarbij tegen de relatieve onbevoegdverklaring van de rechter in eerste aanleg geen hoger beroep openstaat, niet in strijd is met de richtlijn.

In een inbreukprocedure tegen Italië, oordeelde het Hof dat de collectieve actie, evenals de ambtshalve toepassing in individuele gevallen, een positief ingrijpen *buiten de partijen bij de overeenkomst* om vormt. Dit ingrijpen is volgens het HvJ de enige manier om de ongelijkheid tussen consument en verkoper op te heffen.²⁹ In het arrest benadrukte het HvJ dat het preventieve karakter en het afschrikkende doel van collectieve acties vergen dat deze ook kunnen worden ingesteld wanneer de bedingen waarvan het verbod wordt gevraagd, (nog) niet in een concrete overeenkomst zijn gebruikt, maar enkel zijn aanbevolen door verkopers of hun verenigingen. Dit is als gezegd het geval naar Nederlands recht (art. 6:240 lid 3 BW).³⁰

Tot slot wees het Hof twee arresten die in het bijzonder ingaan op de verhouding tussen de collectieve en de individuele actie tegen oneerlijke bedingen. Deze arresten liggen ten grondslag aan deze bijdrage en worden hierna uitgebreid besproken.

2.2. Uitgelicht: het *Invitel*-arrest (2012)

In het *Invitel*-arrest draaide het om een door de Hongaarse consumentenautoriteit bij de rechter ingestelde collectieve actie. De Hongaarse telecomaandier Invitel heeft in zijn algemene consumentenvoorwaarden een beding opgenomen op grond waarvan hij extra kosten mag rekenen als de klant zijn abonnement per acceptgiro betaalt. Naar aanleiding van een grote hoeveelheid klachten heeft de toezichthouder in een collectieve actie aan de rechter gevraagd dit beding nietig te verklaren.

In zijn uitspraak gaat het Hof nader in op de onderlinge verhouding tussen collectieve en individuele acties tegen

oneerlijke bedingen. De Hongaarse autoriteit stelde immers een prejudiciële vraag met betrekking tot de doorwerking van een collectieve uitspraak in een individuele rechtspraakverhouding: geldt dat een in een collectieve zaak 'verboden' beding de individuele consument evenmin mag binden? Zij maakte in haar vraag onderscheid tussen de Hongaarse situatie waarin een collectieve nietigverklaring wordt uitgesproken en de situatie waarin slechts de oneerlijkheid of het verbod op het gebruik van het beding wordt uitgesproken. Naar Hongaars recht geldt dat de nietigverklaring in een collectieve procedure van een beding in algemene voorwaarden geldt ten aanzien van iedere consument, die met de verkoper een overeenkomst heeft gesloten waarin het betrokken beding voorkomt.

Het Hof benadrukt dat een dergelijke nationale bepaling voldoet aan de vereisten van art. 6 lid 1 jo. art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn.³¹ Het Hof oordeelt voorts dat in zijn algemeenheid, 'wanneer het oneerlijke karakter van een beding (...) is erkend in het kader van een collectieve procedure, de nationale rechter daaruit, ook in de toekomst, ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties dient te trekken opdat dit beding de consumenten die een overeenkomst met de betrokken verkoper hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, niet bindt'.³² Het Hof maakt in deze uitspraak duidelijk dat de nationale rechter, op de door het nationale recht aangewezen manier, collectieve uitspraken waarin een beding de toets der richtlijn niet doorstaat (ambtshalve) door *moet* laten werken in individuele procedures. De niet op Europees niveau geregelde *erga-omnes*-werking van collectieve uitspraken wordt aldus bewerkstelligd langs de baan van de rechterlijke ambtshalve toetsingsverplichting.³³

Dat de consument zich tegen een ambtshalve uitschakeling van het beding moet kunnen verzetten, wordt niet aangegeven in het *Invitel*-arrest maar vloeit voort uit eerdere rechtspraak.³⁴

2.3. Uitgelicht: het *Sales Sinués*-arrest (2016)

Het recente *Sales Sinués*-arrest werd gewezen naar aanleiding van een in het kader van de Spaanse hypotheekcrisis nieuwe reeks prejudiciële vragen inzake de verenigbaarheid van nationale procesregels met de Richtlijn oneerlijke bedingen. In Spanje lopen op dit moment zowel collectieve als individuele procedures met betrekking tot bodem-rentebedingen in hypothecaire leningsovereenkomsten. Spaanse banken doen veelvuldig een beroep op art. 43 van het Spaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering dat volgens de rechter, indien de uitspraak in de collectieve zaak hiervoor beslissend kan zijn, tot een schorsing van individuele zaken noopt.³⁵ Aan genoemde regel verbindt de Spaanse rechter samengevat de volgende conse-

27. HvJ EG 1 oktober 2002, C-167/00 (*Henkel*), hierin stond de gemeenschapsconforme uitleg van het EEX-Verdrag centraal.

28. HvJ EU 5 december 2013, C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800. Zie *Sales Sinués*, r.o. 26-28.

29. HvJEG 24 januari 2002, C-372/99, ECLI:EU:C:2002:42, r.o. 14 (*Commissie/Italië*).

30. HR 16 mei 1997, *JOR* 1997/91, m.nt. Wessels.

31. *Invitel*, r.o. 39-40.

32. *Invitel*, r.o. 41-43.

33. Het arrest impliceert overigens dat collectieve uitspraken openbaar en toegankelijk moeten worden gemaakt voor alle rechterlijke instanties.

34. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, r.o. 35 (*Pannon*).

35. Saillant detail is dat de collectieve procedures al ruim 4 jaar aanhangig zijn (zie punt 21 Conclusie A-G M. Szpunar).

quantie: indien er een collectieve actie is ingesteld met betrekking tot een oneerlijk beding in algemene voorwaarden, moet een individuele vordering tot nietigverklaring van een soortgelijk beding in hetzelfde type overeenkomst, worden geschorst.³⁶ De individuele vordering wordt 'vastgeknoopt' aan de collectieve actie en de consument kan zich hier niet los van maken. Wat de Spaanse rechter wil vernemen, is of de richtlijn zich verzet tegen genoemde regel en bijbehorende gevolgen. Hij vraagt zich hierbij af of de collectieve actie, waar individuele consumenten aan worden gebonden, de rechten van de consument volledig beschermt.

Het Hof bespreekt in zijn uitspraak de complementariteit tussen de collectieve en de individuele procedures maar staat vooral stil bij de verschillen die ertoe leiden dat een individuele procedure niet zonder meer ondergeschikt mag worden gemaakt aan een collectieve actie. In het arrest wordt net als in *Commissie/Italië* de parallel gelegd tussen ambtshalve toepassing (in een individueel geval) en de collectieve actie. Het Hof benadrukt het belang van de collectieve procedure binnen het arsenaal aan handhavingsmiddelen als een van de twee 'positieve ingrepen buiten de partijen bij de overeenkomst om' die de situatie van ongelijkheid tussen individuele partij en gebruiker moeten compenseren. Het Hof onderstreept echter ook de verschillen tussen individuele en collectieve procedures in termen van rechtsgevolgen (sancties) en doelstellingen (effecten van die sancties). De verbodsactie heeft een preventieve en afschrikwekkende werking en wordt anders dan de individuele vordering, waarbij het gaat om repressie en het herstellen van het evenwicht, niet gekenmerkt door een ongelijkheid in rechtsposities. De collectieve aanpak van oneerlijke bedingen staat in zoverre los van individuele geschillen dat zij betrekking kan hebben op bedingen die (nog) niet in een concrete overeenkomst zijn opgenomen.³⁷

Het Hof overweegt dat de richtlijn de sancties en procedurele regels betreffende de verhouding tussen collectieve en individuele procedure niet harmoniseert en dat te dien aanzien het beginsel van procedurele autonomie geldt. Wel dienen de nationale bepalingen van procesrecht de Rewe-toets te doorstaan (r.o. 32). Van strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel is geen sprake maar de koppeling van de individuele zaak aan de collectieve actie staat wel op gespannen voet met het doeltreffendheidsbeginsel. De Spaanse procesregel belet een effectieve bescherming van de individuele consument. Het Hof voert hiertoe twee redenen aan.

Ten eerste is de individuele consument aan de collectieve uitspraak gebonden zonder dat een concrete beoordeling van zijn vordering plaatsvindt. Art. 4 lid 1 richtlijn wordt aldus uitgeschakeld: de concrete omstandigheden van het geval doen er niet toe en de uitkomst van de toetsing *in abstracto* van het beding wordt rechtstreeks op het individuele geval toegepast. Ten tweede zit de consument vast aan de termijn van de collectieve procedure zonder

dat de rechter kan beoordelen of het zinvol is om de individuele procedure te schorsen in afwachting van de collectieve uitspraak. Het kan voorkomen dat de schorsing gelet op de concrete situatie opportuun is (de individueel toetsende rechter twijfelt bijvoorbeeld aan de oneerlijkheid van het beding) maar als de rechter de conclusie bereikt dat het beding *in concreto* oneerlijk is, dan is er geen reden om de consument te laten wachten. Daar komt nog bij dat de consument is 'onderworpen aan restricties die verband houden met de bepaling van het bevoegde gerecht en de middelen die hij kan aanvoeren' (r.o. 40). Het Hof voegt hier verder aan toe dat een schending van het doeltreffendheidsbeginsel niet kan worden gerechtvaardigd door beleidsmatige overwegingen die verband houden met het verlagen van de werkdruk in de rechtspraak (die kennelijk niet slechts in Nederland een nijpend probleem vormt) en dus met de nationale gerechtelijke organisatie.

2.4. De verhouding tussen de arresten *Invitel* en *Sales Sinués*

Tegen het tweede bezwaar van het Hof tegen de Spaanse regel valt weinig in te brengen. Het eerste in *Sales Sinués* genoemde bezwaar komt mij evenwel weinig genuanceerd voor in het licht van de *Invitel*-uitspraak. Volgens r.o. 37 zijn individuele omstandigheden, zoals de vraag of over het beding is onderhandeld, beslissend in een individuele procedure. In de *Invitel*-uitspraak achtte het Hof de *erga-omnes*-werking van een collectieve uitspraak waarin een beding als oneerlijk is aangemerkt, langs de band van de ambtshalve toetsing, geboden (r.o. 43). Uit de *Invitel*-uitspraak maak ik niet op dat het *in abstracto* als oneerlijk gekwalificeerde beding in een individuele zaak alsnog aan een concrete toets moet worden onderworpen. Naar de desbetreffende overweging verwijst het *Sales Sinués*-arrest niet. Het aantal verwijzingen in het arrest naar de eerdere *Invitel*-uitspraak is zonder meer opvallend laag.

In het arrest *Sales Sinués* maakt het Hof geen expliciet onderscheid tussen de situatie waarin het beding in de collectieve procedure oneerlijk wordt bevonden (zoals in het *Invitel*-arrest) en die waarin het beding de oneerlijkheidstoets doorstaat. De gebondenheid van de individuele consument aan de collectieve uitspraak is met name in het laatste geval problematisch. Dan krijgt hij, doordat hem een concrete toetsing wordt ontzegd, minder bescherming dan hem op grond van de richtlijn toekomt. In het eerste geval is de Spaanse regel tot op zekere hoogte in lijn met het *Invitel*-arrest, al is er wel strijd met de in de jurisprudentie ontwikkelde regel dat de consument zich moet kunnen verzetten tegen het buiten toepassing laten van het beding.³⁸ Ook het feit dat de consument aan de in r.o. 40 genoemde restricties is gebonden en onnodig moet wachten op de niet-bindendheid van het beding indien de individueel toetsende rechter van oordeel is dat het beding oneerlijk is, botst met de beschermingsdoelstelling van de richtlijn. Daar staat tegenover dat de indi-

36. Het HvJ laat zich logischerwijs niet uit over de juistheid van deze interpretatie van het Spaanse procesrecht en ook schrijfster dezes zal hier geen uitspraken over doen, daartoe is mijn kennis van het Spaanse recht ontoereikend.

37. Zie ook *Commissie/Italië*, r.o. 15 en *Invitel*, r.o. 37.

38. *Pannon*, r.o. 35.

vidueel toetsende Spaanse rechter die het beding geldig acht, de consument de hypothetische bescherming van een toekomstige collectieve uitspraak in zijn voordeel naar Spaans recht niet kan ontzeggen.³⁹ De verhouding tussen de doelstellingen is allicht ingewikkelder dan de korte overwegingen uit het *Sales Sinués*-arrest doen vermoeden.

3. De toetsing van het Nederlands collectief actie-recht aan de Europese rechtspraak

3.1. *De derdenwerking van acties gebaseerd op art. 6:240 BW in het licht van de Europese rechtspraak*
Tussen de collectieve verbodsactie uit art. 6:240 BW en de individuele toetsing van algemene voorwaarden bestaat naar Nederlands recht een duidelijke kloof. Een tijdens een collectieve zaak aanhangige individuele procedure is op geen enkele manier verbonden aan een lopende collectieve zaak. De situatie onder Nederlands recht is in dat opzicht een volstrekt andere dan die onder Spaans recht.

Een reeds gewezen collectieve uitspraak heeft tot op zekere hoogte wel invloed op een later ingestelde individuele procedure tegen dezelfde gebruiker. De invloed is evenwel beperkt. Indien een verbod tot het gebruik (en dus niet enkel het bevorderen) van het beding is uitgesproken (art. 6:241 lid 3 onderdeel a BW), dan is het beding, indien het in een *na* de uitspraak gesloten overeenkomst met de desbetreffende gebruiker wordt opgenomen, vernietigbaar (art. 6:243 BW). Het beding is dan 'zwart' en hoeft niet opnieuw aan een individuele toetsing te worden onderworpen.⁴⁰ De wederpartij mag er evenwel voor kiezen om het beding in stand te laten en om zich niet op de vernietigbaarheid te beroepen. Naar Nederlands recht hebben collectieve verboden op een of meer onredelijk bezwarende bedingen dus de in het *Invitel*-arrest bedoelde *erga-omnes*-werking (ongeacht of sprake is van een consument). Art. 6:243 BW behoort thans ambtshalve te worden toegepast, waarbij de consument de mogelijkheid moet krijgen om zich tegen de vernietiging te verzetten.

Dat bij toepassing van art. 6:243 BW geen concrete toetsing plaatsvindt, lijkt mij niet in strijd te komen met art. 6 Richtlijn, ondanks de op dit punt door het Hof in *Sales Sinués* gezaaide twijfels (in dit arrest wordt immers benadrukt dat individuele omstandigheden de doorslag geven in een individuele procedure, r.o. 37). Omdat de consument niet wordt afgehouden van het bevoegde gerecht en niet gebonden is aan de termijn van de collectieve procedure, botst art. 6:243 BW die de collectieve uitspraak aan de individuele koppelt, niet met het doeltreffendheids-

beginsel. Dat de werking van art. 6:243 BW beperkt is tot degene jegens wie het verbod is uitgesproken, is voorts in lijn met de *Invitel*-uitspraak.⁴¹

Toch zitten er vele haken en ogen aan de Nederlandse regeling van art. 6:240 e.v. BW in het licht van art. 7 Richtlijn en bijbehorende Europese rechtspraak. Problematisch is allereerst dat, blijkens de tekst van art. 6:243 BW, de vernietigbaarheid slechts betrekking heeft op bedingen die *na* de uitspraak in een overeenkomst zijn opgenomen. De sanctie uit art. 6:243 BW zou gegeven het *Invitel*-arrest ook van toepassing moeten zijn op bedingen in *reeds gesloten* overeenkomsten.⁴² De formulering van de bepaling laat een dergelijke terugwerkende kracht niet toe en Spanjaard beveelt daarom de omweg via art. 6:233 onderdeel a BW aan, waarbij de collectieve uitspraak als zwaarwegende omstandigheid dient te worden meegewogen.⁴³ Deze weg voldoet naar mijn idee ook niet omdat de toetsing aan art. 6:233 onderdeel a BW een in beginsel concrete toets vormt. Uit het *Invitel*-arrest volgt mijns inziens dat de overige individuele omstandigheden van het geval geen rol mogen spelen (oftewel het collectief verboden beding is zwart).

Art. 6:243 BW schiet voorts tekort voor zover er sprake moet zijn van een collectief uitgesproken *verbod op het gebruik van het beding* in de zin van art. 6:241 lid 3 onderdeel a BW. Voor de *erga-omnes*-werking als bedoeld in het *Invitel*-arrest volstaat dat het beding als onredelijk bezwarend wordt verklaard. Of sprake is van een verbod is niet van belang.⁴⁴ De verbodsvordering heeft nog wel bestaansrecht voor zover zij aan een dwangsom gekoppeld kan worden⁴⁵ en voor zover de actie uitsluitend ten behoeve van professionele wederpartijen wordt ingesteld. Dat volgens het *Invitel*-arrest een declaratoire uitspraak volstaat, betekent dat art. 6:243 BW ook van toepassing zou moeten zijn indien sprake is van een vordering in de zin van art. 6:241 lid 3 onderdeel b of c BW. Het Hof maakt geen onderscheid tussen een verbod op het *gebruik* en een verbod op het *bevorderen* van het gebruik van oneerlijke bedingen.⁴⁶ De *Invitel*-uitspraak had denkkelijk niet anders geluid indien de collectieve zaak tegen een branchevereniging was aangespannen. Zou een dergelijk beding uiteindelijk toch worden gebruikt in brancheverenigingen en derhalve ook in individuele overeenkomsten worden opgenomen, dan zou dit beding de individuele consument evenmin mogen binden. Dit impliceert dat alle leden van de branche gebonden zijn aan een uitspraak waarin de vereniging, de 'houder' van de voorwaarden, is veroordeeld. Derdenwerking van een rechterlijke uitspraak is dan gerechtvaardigd.

39. Wel toegestaan lijkt mij een regel die de individueel toetsende rechter die het beding geldig acht verplicht te wachten op een collectieve uitspraak (tenzij de consument zich hiertegen verzet).

40. Hijma 2010, nr. 60.

41. Ruime werking van een verbod resp. gebod kan enkel worden verkregen door zo veel mogelijk gebruikers van algemene voorwaarden te dagvaarden.

42. Loos 2013, nr. 478. Zie ook noot Spanjaard, *TvC* 2012, afl. 6, nr. 13.

43. Zie ook noot Spanjaard, *TvC* 2012, afl. 6, nr. 13.

44. Vgl. Loos 2013, nr. 456.

45. Loos 2013, nr. 459.

46. HvJ EG 24 januari 2002, C-372/99, ECLI:EU:C:2002:42 (*Commissie/Italië*). Zie art. 7 lid 3 waarin beide vorderingen in één zin worden genoemd.

Art. 6:241 lid 4 BW⁴⁷ illustreert op treffende wijze het door het Hof in *Sales Sinués* benadrukte verschil tussen individuele en collectieve actie in termen van rechtsgevolg en doelstelling. In een individuele zaak staat de mogelijkheid om een beding te herzien haaks op de *afschrikwekkende* werking van de richtlijn maar de *preventieve* toets zoals bedoeld in art. 7 Richtlijn beoogt juist het aanpassen van onredelijke voorwaarden (op initiatief van de gebruiker maar ook, zoals in lid 4, op voorstel van de rechter⁴⁸) opdat zij de redelijkheidstoets doorstaan.⁴⁹ Collectieve (preventieve) en individuele (repressieve) sancties zijn soms moeilijk te verenigen. Het *Sales Sinués*-arrest plaatst de effectieve individuele bescherming voorop en niet uitgesloten is dat de rechter bij de keuze voor een collectieve sanctie, mede gelet op de in het *Invitel*-arrest bedoelde *erga-omnes*-werking hiervan, rekening moet houden met de mogelijkheid van een effectieve individuele bescherming. Ik noem twee voorbeelden.

Dat de rechter in een collectieve zaak een verbod opschort om de gebruiker de tijd te gunnen om de bedingen aan te passen, gaat ten koste van de individuele rechtsbescherming omdat een dergelijke opschorting individuele procedures treft waarin behoefte is aan de afschrikwekkende en herstellende sanctie ex art. 6:243 BW. Een uitgesteld verbod op het gebruik van een in een collectieve actie als oneerlijk aangemerkt beding ontnemt de aan dit beding gebonden individuele consument de bescherming zoals voorgeschreven door het *Invitel*-arrest.⁵⁰ Omdat een beperking van het verbod in de tijd eveneens afbreuk doet aan de effectiviteit van de collectieve actie acht Loos haar sowieso niet toegestaan.⁵¹

De mogelijkheid tot herroeping van een verbod op een bepaald beding van art. 6:242 BW in geval van gewijzigde (objectieve) omstandigheden staat ook op gespannen voet met de subjectieve rechtsbescherming. Art. 6:242 lid 4 BW verkleint die spanning enigszins door de herroeping niet toe te staan indien de wet het beding als onredelijk bezwarend kwalificeert. Een collectief verbod op een grijs beding kan in theorie echter door de rechter worden herroepen indien de 'omstandigheden zijn gewijzigd'.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt evenwel dat die wijziging eng moet worden opgevat.⁵² De rechter zou er hoe dan ook op bedacht moeten zijn dat een herroeping, in het licht van de *Invitel*-uitspraak, ook de individuele bescherming in de zin van art. 6 Richtlijn zal treffen. De gewijzigde omstandigheden dienen dit naar mijn mening te billijken.⁵³

Nadat een beding op grond van art. 6:240 BW onredelijk bezwarend is verklaard, blijft hetzelfde beding in een *met een andere verkoper* gesloten individuele overeenkomst zonder meer onaangetaast. Een rechter zal mogelijk wel rekening houden met de collectieve uitspraak. Deze uitspraak heeft echter slechts feitelijke betekenis en de mate waarin de rechter zich hierdoor laat beïnvloeden, hangt af van de mate waarin de collectieve uitspraak aansluit op de hem voorliggende concrete casus.⁵⁴ Hierbij maakt het niet uit of het beding wel of niet als onredelijk bezwarend is aangemerkt. Het gaat om de aangrijpingspunten die de onderbouwing van de collectieve toets biedt. Omwille van de bescherming van de consument zou naar ik meen een *in abstracto* onredelijk beding niet snel als *in concreto* redelijk mogen worden beschouwd.⁵⁵ De rechter zal daarentegen bijzonder kritisch moeten zijn ten aanzien van het 'laten doortikken' van een collectieve uitspraak waarin een beding *in abstracto* als redelijk is aangemerkt zonder individuele omstandigheden rond de consument in ogenschouw te nemen (ook in geval van een ambtshalve toets waar de behoefte aan abstrahering doorgaans groot is). In de praktijk is, mede door het geringe aantal collectieve uitspraken, overigens nauwelijks sprake van een sturende werking van collectieve uitspraken ten aanzien van de individuele toets.⁵⁶ De individueel toetsende rechter benadrukt dit ook.⁵⁷ De toetsingsuitkomsten van de individuele en collectieve toets lopen soms duidelijk uiteen.⁵⁸ De Nederlandse wetgever en rechter zijn van oudsher doordrongen van het in *Sales Sinués* benadrukte onderscheid tussen de individuele en collectieve toets en de individuele rechtsbedeling staat voorop.

47. Zie hierover Loos 2013, nr. 474. De rechter kan in zijn uitspraak aangeven op welke wijze het onredelijk bezwarend karakter van de bedingen waarop de uitspraak betrekking heeft, kan worden weggenomen.

48. Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000.

49. Dat tijdens overleg gewijzigde voorwaarden waar nog niet mee is ingestemd worden beoordeeld aan de hand van tegen de 'oude' voorwaarden ingebrachte bezwarend is in dat opzicht merkwaardig: Loos 2013, nr. 466.

50. Zie over de opschorting van een verbod: Hof Den Haag 22 maart 2005, *TvC* 2005, afl. 4, m.nt. Schaub en Loos.

51. Loos 2103, nr. 456 met verwijzing naar *Invitel*, r.o. 37.

52. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1788 waarover Loos 2013, nr. 479. De derde grond: 'wijzigingen in de maatschappelijke opvattingen omtrent wat behoorlijk is en dus voor degenen die de algemene voorwaarden aanvaarden, bezwarend genoemd kan worden' is evenwel ruim geformuleerd.

53. Een herroepen collectieve uitspraak belet niet dat het beding in een individuele procedure alsnog onredelijk wordt geacht op grond van de concrete omstandigheden van het geval.

54. Hijma 2010, nr. 60.

55. De vraag zal dan vooral zijn of de omstandigheden betreffende de positie en de belangen van de 'andere verkoper' afwijken van die die bij de collectieve toets al zijn meegewogen. Omstandigheden rond de wederpartij die wijzen op de redelijkheid van het beding (een prijscompensatie, draagkracht, de kennis van het beding enz.) zouden naar ik meen geen doorslag mogen geven indien het beding *in abstracto* oneerlijk is: C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011/63, afl. 8.

56. C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 148.

57. De concreet toetsende rechter slaat niet zomaar acht op een eerdere collectieve toetsingsuitkomst en benoemt dit ook expliciet in Rb. Amsterdam (ktr.) 29 september 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB8670, r.o. 6: 'Afgezien van het feit dat [gedaagde] argumenten aandraagt die in die procedure niet aan de orde zijn geweest, dient de toetsing van voorwaarden echter een concreet karakter te dragen en dient in deze procedure zelf te worden beoordeeld of de voorwaarden onredelijk bezwarend zijn.'

58. Zo 'missen' onduidelijke bedingen, die in een collectieve zaak buiten schot bleven, in een individuele zaak 'toepassing': Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000 versus Rb. Maastricht (vzr.) 4 september 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AY7409.

3.2. *De derdenwerking van acties gebaseerd op art. 3:305a resp. 305d BW in het licht van de Europese rechtspraak*

Heeft de jurisprudentie van het Hof ook gevolgen voor de verhouding tussen de acties ex art. 3:305a en 305d BW en de individuele toets? Volgens mij heeft de rechtspraak van het HvJ met betrekking tot art. 7 Richtlijn ook zonder meer betrekking op de algemene regeling uit Boek 3. Art. 3:305a en 3:305d BW behoren tot het arsenaal sancties dat de doeltreffende bescherming die uitgaat van de richtlijn op nationaal niveau beoogt te garanderen. Er kan in het kader van art. 3:305a BW behalve een verklaring voor recht worden gevorderd dat een beding onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar is, ook de vernietiging van een beding worden gevorderd. Een dergelijke vordering lijkt op de Hongaarse collectieve nietigverklaring uit het *Invitel*-arrest waarvan de *erga-omnes*-werking volgens het Hof voldoet aan de voorwaarden van art. 6 lid 1 jo. art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn (r.o. 39). Dankzij art. 3:305d BW kan het gebruik of de bevordering van het gebruik van oneerlijke bedingen worden gestaakt. Beide collectieve vorderingen passen in het rijtje middelen dat buiten de individuele consument om het contractuele evenwicht herstelt. Van deze collectieve acties gaat in theorie evenzeer een afschrikwekkende werking uit.

Een schorsende werking op individuele procedures hebben genoemde 3:305-acties net zo min als een 6:240-actie.⁵⁹ Het ontbreken van deze werking is ten aanzien van art. 3:305a BW ook nadrukkelijk betreurd in de literatuur.⁶⁰ Het schorsen van individuele procedures, wanneer dit er veel zijn, zou de efficiëntie van de rechtspraak en de rechtsgelijkheid bevorderen. Efficiëntie-overwegingen – zoals het willen voorkomen dat de rechterlijke macht wordt overspoeld met individuele procedures – mogen wat betreft de koppeling van individuele aan collectieve zaken echter geen enkele rol spelen, zo blijkt uit het *Sales Sinués*-arrest (r.o. 42).

De algemene 3:305a-actie heeft ondanks het ontbreken van een met art. 6:243 BW vergelijkbare bepaling wel invloed op de positie van de individuele consument. Uit art. 3:305a lid 4 BW volgt dat een gedraging niet aan een collectieve rechtsovereenkomst ten grondslag kan worden gelegd indien degene die door de gedraging is getroffen, hiertegen bezwaar maakt. Uit art. 3:305a lid 5 BW volgt dat belanghebbenden – i.e. zij wier belangen door de normschending zijn getroffen – die niet willen dat een uitspraak op een collectieve actie jegens hen werkt, zich aan de werking van die uitspraak kunnen onttrekken.⁶¹

Wat houdt de in dit lid veronderstelde derdenwerking van een reeds gewezen collectieve uitspraak in? Vooropgesteld zij dat de collectieve uitspraak slechts gezag van gewijsde heeft tussen de procespartijen.⁶² Juridisch is een individuele consument dus niet aan de collectieve uitspraak gebonden. Materieel ligt dit anders en heeft een collectieve uitspraak wel degelijk derdenwerking. De derdenwerking waar lid 5 op ziet, doet zich volgens de parlementaire geschiedenis voor bij een condemnatoire uitspraak (bijv. een verbod op het gebruik van een beding) of een constitutief vonnis (bijv. de vernietiging van bepaalde voorwaarden). Bij een declaratoire uitspraak (het beding wordt onredelijk bezwarend verklaard) is zij niet aan de orde, de rechtstoestand waarin de belanghebbende verkeert, verandert immers niet.

Stel dat een rechter voor recht verklaart dat een bepaald type beding in een bepaald type overeenkomst onredelijk bezwarend is en dit beding ook vernietigd, dan zal van deze uitspraak derdenwerking uitgaan. De richtlijn vergt een dergelijke werking ook zo volgt uit het *Invitel*-arrest. Deze werking is evenwel ook vereist bij een simpele declaratoire uitspraak, waarin het beding slechts als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt (zie par. 3.1). Gelet op het *Invitel*-arrest zou de rechter in een individuele zaak de vernietiging van hetzelfde beding in hetzelfde type overeenkomst uit moeten spreken tenzij de belanghebbende zich op de voet van lid 5 tegen die vernietiging verzet. Op dit punt zou geen wezenlijk verschil moeten bestaan tussen de effecten van een 3:305a- en die van een 6:240-uitspraak op een individuele zaak. De vraag is evenwel of er sprake kan zijn van derdenwerking indien het beroep van de belangenorganisatie op de vernietiging van het beding in een collectieve zaak wordt afgewezen en de geldigheid van het beding wordt uitgesproken.⁶³ Hierbij gaat het in wezen om een declaratoir – vrijsprekend – vonnis. De individuele consument zou zich dan ook niet tegen de 3:305a-uitspraak behoeven te verzetten om het beding alsnog aan een individuele toetsing te onderwerpen. Een andere opvatting levert zonder meer spanning op met de *Sales Sinués*-uitspraak en de eis van een concrete beoordeling van een individuele vordering.

Vaststaat dat in een collectieve actie de rechter niet treedt in de beoordeling van individuele omstandigheden. Niettemin is gebleken dat een collectieve uitspraak sturing kan geven aan individuele vervolgzaken door nader concretiseerbare gezichtspunten aan te reiken die houvast bieden bij maatwerk op individueel niveau en zelfs door een uitgangspunt te formuleren voor afzonderlijke ver-

59. Lopende procedures kunnen wel worden geschorst in het kader van een WCAM-procedure ex art. 7:907 BW inzake een verzoek tot verbindendverklaring van een collectieve regeling (art. 1015 Rv). Een dergelijke procedure bij algemene voorwaarden ligt niet voor de hand.

60. Chr.F. Kroes, 'Collectieve actie', *NJB* 2008/552, p. 1.

61. Asser/Van Schaick *Procesrecht* 2 2011/29; HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756. Dit artikellid hangt samen met de uitbreiding van collectieve acties tot contractuele relaties: *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 3, p. 32. Het hangt ook samen met het feit dat representativiteit van de rechtspersoon (net als bij de 6:240-actie overigens) geen vereiste is bij een 3:305a-actie. De collectieve actie is ook ontvankelijk indien zij niet de steun geniet van een aanmerkelijk deel van degenen wier belangen door de normschending zijn getroffen.

62. Vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 3, p. 26. Art. 3:303 BW (eis van voldoende belang) kan echter aan het instellen van individuele gelijklopende vordering in de weg staan.

63. In de parlementaire geschiedenis wordt benadrukt dat juist bij een afwijzing van de vordering de belanghebbende geen belang heeft bij een uitbreiding van het gezag van gewijsde: *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 3, p. 26.

volgprocedures.⁶⁴ Denkbaar is dat een 3:305a-actie een soortgelijke sturende werking heeft, zelfs in zaken waarin het (slechts) gaat om een vergelijkbaar beding of om een overeenkomst met een andere, vergelijkbare, gebruiker. In recente rechtspraak lijkt de ‘derdenwerking’ van 3:305a-uitspraken in het voordeel van de individuele belanghebbende toe te nemen (zonder dat de noodzaak van een individuele beoordeling van de omstandigheden van het geval wordt ontkend⁶⁵). Zo is in 2015 door de Hoge Raad beslist dat de stuitende werking ex art. 3:316 lid 1 BW van een collectieve vordering ex art. 3:305a BW zich uitstrekt tot de verjaring van op die collectieve actie aansluitende individuele vorderingen tot vernietiging van rechtshandelingen op grond van art. 1:89 BW.⁶⁶ Het ligt voor de hand om eenzelfde stuitende werking aan te nemen bij de vernietiging op grond van art. 6:233 onderdeel a BW.

Van de sturende werking van collectieve uitspraken is opgemerkt dat zij de uniforme afwikkeling van vergelijkbare zaken en dus de rechtszekerheid en -gelijkheid ten goede komt.⁶⁷ Bij massaschade heeft de Hoge Raad dit doel voor ogen gehad: stroomlijning van de procedures zonder tekort te doen aan de concrete rechtsbedeling. In mijn ogen heeft het Hof in zijn *Sales Sinués*-uitspraak te weinig oog voor de nodige balans tussen maatwerk enerzijds en een consistente en efficiënte rechtsbedeling anderzijds. Deze balans wordt kort aangestipt in r.o. 30 waar het Hof aangeeft dat ‘de procedurele verhouding tussen het verloop van de ene en van de andere vordering slechts kan beantwoorden aan vereisten van procedurele aard die met name verband houden met een goede rechtsbedeling en met de noodzaak om tegenstrijdige gerechtelijke beslissingen te voorkomen’. De door de richtlijn beoogde beschermingsdoelstelling in individuele zaken mag echter op geen enkele manier lijden onder de verhouding tussen de acties, zelfs al zou die beogen de rechtsgelijkheid te waarborgen. De noodzaak van een zekere stroomlijning wordt naar ik meen verder vergroot door de harmonisatie- ofwel interne-markt-doelstelling die de oneerlijkheidstoets tevens nastreeft. Het lijkt erop dat deze richtlijndoelstelling door het Hof totaal ondergeschikt aan de beschermingsdoelstelling wordt gemaakt. Over de doorwerking van een toegekend of afgewezen verzoek in de zin van art. 3:305d BW, is niets in de wet bepaald. Naar ik meen, zou, als gevolg van het *Invitel*-arrest, een beding dat in weerwil tot een bevel tot staking van het gebruik ervan toch wordt opgenomen in een overeenkomst, ambtshalve buiten toepassing moeten worden gelaten.

Concluderend

In 2012 benadrukte het Hof de complementariteit tussen individuele en collectieve acties tegen oneerlijke bedingen

door de (ambtshalve) doorwerking van een collectieve uitspraak in een individuele procedure verplicht te stellen. In een recent arrest legde het Hof vooral het accent op de verschillen tussen de abstracte en concrete toets en de noodzaak van een effectieve individuele bescherming. Een individuele procedure mag niet aan een lopende collectieve vordering worden gekoppeld indien niet kan worden nagegaan of die koppeling (i.c. een schorsing van de individuele procedure) zinvol is uit het oogpunt van de bescherming van de individuele consument en deze niet de keuze heeft om zich los te maken van de collectieve procedure. Aan zijn eerdere uitspraak refereert het Hof nauwelijks maar hierin was naar ik meen sprake van een ‘zinnvolle’ koppeling met het oog op de bescherming van de individuele consument.

Een overzicht van de verschillende Nederlandse collectieve acties en hun impact op individuele zaken leert dat het Nederlandse recht een strikt onderscheid tussen de abstracte en concrete toets en bijbehorende sancties als uitgangspunt neemt, in lijn met de meest recente uitspraak van het Hof. Tegelijkertijd is in Nederland een tendens waarneembaar waarin derdenwerking van collectieve uitspraken toeneemt, zij het nog niet wat betreft collectieve uitspraken inzake algemene voorwaarden. Zolang deze derdenwerking de consument baat én hij kan kiezen om hier afstand van te nemen, is zij vanuit Europees oogpunt toegestaan en soms – als het gaat om een gegeven beding in een bepaalde overeenkomst met de betrokken verkoper – zelfs verplicht.

Is een verdergaande derdenwerking wenselijk in de zin dat individuele procedures bijvoorbeeld worden opgeschort gedurende een collectieve actie (mits deze snel verloopt)? Ik sluit het niet uit. Een zekere mate van derdenwerking heeft voordelen wat betreft de rechtszekerheid en -gelijkheid en vanuit efficiëntie-overwegingen is zij eigenlijk onmisbaar. Het is, mede gelet op de harmonisatiedoelstelling van de richtlijn, te betreuren dat het Hof hier in het *Sales Sinués*-arrest geen nadere overwegingen aan wijdt. Een effectieve individuele rechtsbescherming is ontegenzeggelijk van groot belang maar in een vastgelopen rechtssysteem waarin tegenstrijdige uitspraken worden gewezen, zal hiervan nauwelijks sprake zijn.

64. B.M. van der Wiel, ‘Derdenwerking van rechterlijke uitspraken’, *NJB* 2011, afl. 13, p. 795. Zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, r.o. 4.8.2 (*VEB/World Online*).

65. HR 27 november 2016, ECLI:NL:HR:2015:3399, r.o. 4.2-4.4.

66. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *JOR* 2015/337, m.nt. T.M.C. Arons. Dit leidt er ex art. 3:52 lid 2 BW toe dat ook de verjaring van de bevoegdheid tot het uitbrengen van een buitengerechtelijke verklaring wordt gestuit. In Hof Amsterdam 14 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2291 wordt de stuitende werking ook daadwerkelijk aangenomen in een individuele zaak.

67. W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 160.