



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verslag congres 'Algemene voorwaarden - 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen'

Meester, J.M.; Beentjes, D.G.

Citation

Meester, J. M., & Beentjes, D. G. (2018). Verslag congres 'Algemene voorwaarden - 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen'. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2018(14), 174-178.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66058>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66058>

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

Verslag congres 'Algemene voorwaarden – 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen'

Bb 2018/47

Het congres was een samenwerking van de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit Leiden en stond onder leiding van prof. mr. C.M.D.S. Pavillon (RUG) en prof. mr. W.H. van Boom (Universiteit Leiden).

1. Inleiding

Op 24 april vond het congres 'Algemene voorwaarden – 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen' plaats in Leiden. In 2017 was het namelijk 25 jaar geleden dat in het NBW de regeling van de algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3 BW) werd ingevoerd en even later was het 25 jaar geleden dat de Europese Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen) het licht zag. Beide regelingen hebben in de afgelopen jaren een stormachtige ontwikkeling ondergaan. Of het nu om verzekeringsovereenkomsten, beleggingsproducten of erfpacht gaat, om B2B of B2C-contracten, de toepassing van de algemene voorwaardenregeling is onmiskenbaar intensiever, ingewikkelder en ingrijpender geworden. In de bijdragen aan het congres werden deze ontwikkelingen in kaart gebracht en werden voorspellingen gedaan over de komende 25 jaar rechtsontwikkeling.

2. Openingswoord en algemene schets

"Met het burgerlijk wetboek hebben wij niets te maken!", luidden de woorden van het Muziek Paleis nadat een ontevreden consument zich in de winkel had beklagd over de non-conformiteit van een aangekochte stereotoren. "Leest u onze algemene voorwaarden er maar op na!". Onthutst droop de consument in kwestie af. De koper die aanvankelijk in de veronderstelling verkeerde een vrij sterke rechtspositie te hebben, werd zo afgescheept met een beroep op 'de voorwaarden'. Hoe dient juridisch gezien nu met dergelijke gevallen te worden omgegaan?

Na deze anekdotische inleiding vervolgde prof. mr. Jac. Hijma (Universiteit Leiden) zijn openingswoord over de ontstaansgeschiedenis van de toetsing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. In de jaren '90 werden in dat kader twee toetsingsstelsels geïntroduceerd. Allereerst het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 (NBW), in het bijzonder afdeling 6.5.3 over algemene voorwaarden en snel daarna de Europese richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (93/13/EEG).

Na uitvaardiging van de richtlijn verkeerde de Nederlandse wetgever in de veronderstelling dat het NBW de consument voldoende bescherming bood tegen oneerlijke bedingen. De consumentenbescherming uit de richtlijn was immers

reeds in het NBW geïmplementeerd en het Nederlandse beginsel van richtlijnconforme uitleg van nationale regelingen zou uitkomst moeten kunnen bieden bij eventuele onopgemerkte discrepanties. Daarmee was volgens de Nederlandse wetgever aan het minimum-harmonisatievereiste van art. 8 Richtlijn voldaan. Het Europees Hof van Justitie (hierna: het Hof) wees deze redenering echter af in de zaak *Commissie/Nederland* (HvJ EU 10 mei 2001, ECLI:EU:C:2001:257). Algemene voorwaarden dienen in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen te worden opgesteld en bovendien moet in nationale regelgeving expliciet uiting worden gegeven aan de contra-proferentem-regel, aldus het Hof. De stelling van de Nederlandse regering dat deze voorwaarden reeds in het nationale rechtssysteem waren ingebakken, vond het Hof onvoldoende overtuigend. Nationale rechtspraak waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd kan immers – zelfs al worden deze bepalingen aan de hand van het beginsel van richtlijnconforme uitlegging uitgelegd – niet de helderheid en nauwkeurigheid hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn (r.o. 21). Met deze uitspraak kreeg Nederland een stevige tik op de vingers. De desbetreffende bepalingen uit de richtlijn werden met een 'reparatiewet' zeer precies in de nationale wetgeving overgenomen.

Tot slot ging Hijma in op het verschil tussen 'oneerlijkheid' in *business to business*-contracten (B2B) en *business to consumer*-contracten (B2C). Daarbij valt op dat bedingen in B2C-overeenkomsten veel strikter worden getoetst op oneerlijkheid dan bedingen in B2B-overeenkomsten. Ook het Draft Common Frame of Reference (hierna: DCFR) is duidelijk soepeler in de oneerlijkheidstoets van B2B-bedingen ten opzichte van B2C-bedingen.² Er lijken zich dus twee verschillende maatstaven te ontwikkelen ten aanzien van onredelijkheid van algemene voorwaarden. "Is dat een goede of juist een slechte ontwikkeling?", aldus de slotvraag die Hijma zijn publiek meegaf.

3. De rol van het Europese Hof

25 jaar geleden heerste bij de Nederlandse wetgever de gedachte: "wat uit Europa komt, dat hebben we toch al", stelde prof. mr. M.H. Wissink (RUG) ter introductie van zijn lezing. Vandaag de dag zullen er maar weinig juristen zijn die hier nog hetzelfde over denken. Waar de Europese regelgeving op het gebied van de bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen door de lidstaten eerst nog werd

¹ Jos Meester en Douwe Beentjes zijn beiden verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.

² Het Draft Common Frame of Reference is een academische tekst die is opgesteld door de Study Group on a European Civil Code en de Research Group on EC Private Law (Acquis Group). De auteurs hebben getracht de tekst een model te laten zijn voor een toekomstig politiek 'Common Frame of Reference' met betrekking tot het verbintenissen- en goederenrecht binnen de Europese Unie. De volledige editie van de tekst is hier online te raadplegen: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf.

beschouwd als een blanco cheque om naar eigen inzicht in te vullen, is dat in de huidige tijd wel anders. Hoewel in beginsel een gelijkwaardige samenwerking bestaat tussen de nationale feitenrechter, de Hoge Raad en het Hof, blijkt dat het Hof de laatste jaren een sterke vinger in de pap heeft gekregen op het gebied van de invulling van consumentenbescherming in Nederland. Dit blijkt met name uit de stijgende lijn van de hoeveelheid uitspraken die het Hof in het afgelopen decennium heeft gedaan over de richtlijn oneerlijke bedingen.

Wissink destilleerde vier hoofdpunten uit de jurisprudentie van het Hof. Ten eerste hanteert het Hof als stevig uitgangspunt dat er sprake is van een gebrek aan evenwicht tussen procespartijen. Het formele evenwicht dat er bestaat in de contractuele afspraken tussen partijen dient volgens het Hof te worden vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen partijen herstelt. Hierbij is een belangrijke taak weggelegd voor de nationale rechter die actief moet ingrijpen in deze scheve verhouding. Ten tweede hanteert het Hof een ruim toepassingsbereik voor de oneerlijkheidstoets. Deze oneerlijkheidstoets ziet niet op kernbedingen. Zoals onder andere uit het arrest *Kásler* (ECLI:EU:C:2014:282) blijkt, dient het begrip 'kernbeding' overigens restrictief te worden uitgelegd. De derde hoofdlijn die Wissink constateert is die van het ruime toepassingsbereik van de richtlijn. Het Hof heeft de neiging om de richtlijn snel van toepassing te achten door bijvoorbeeld het begrip 'verkoper' ruim op te vatten en – ondanks dat het begrip 'consument' beperkt moet worden uitgelegd – ruimte te zoeken bij het 'handelen als consument'. De vierde en laatste lijn die men uit de jurisprudentie van het Hof kan afleiden betreft een meer algemene lijn waarin de intensieve bemoeienis van het Hof op verschillende terreinen doorklinkt. Zo oefent het Hof druk uit op de nationale rechter om actief in te grijpen in het formele evenwicht tussen procespartijen door strenge gevolgen te verbinden aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten. Daarbij is het Hof ook streng richting de nationale wetgever wat betreft het vereiste van duidelijk en begrijpelijk opgestelde algemene voorwaarden.

Kortom, enige vorm van bemoeizuchtigheid is het Hof niet vreemd gebleken. Het Hof corrigeert nationale rechters regelmatig om zo effectieve rechtsbescherming van de 'zwakke' consument te waarborgen. Wissink stelt voorzichtig dat het ruime toepassingsbereik van de richtlijn in combinatie met de intensieve bemoeienis van het Hof wel eens kan leiden tot een te grote focus op de EU-consument. Wat de gevolgen van deze verschuiving precies zullen zijn, zal de toekomst moeten uitwijzen.

4. Toetsing van algemene voorwaarden bij financiële producten

Mr. J.W. Hoekzema (raadsheer Hof Amsterdam) sprak over toetsing van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden bij financiële producten. In de richtlijn oneerlijke bedingen is voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding bepaald dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking moeten worden geno-

men. Daarnaast dient een concreet beding in een overeenkomst te voldoen aan de in de richtlijn gestelde eisen van goede trouw, evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen en transparantie.

Hoekzema besprak verschillende voorbeelden uit recente arresten van het Hof waarin werd getoetst aan de richtlijn. In het arrest *Aziz* (HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164) kwam de vraag aan de orde of en in welke mate een consument door het aangaan van een hypothecaire geldleenovereenkomst in een juridisch minder gunstige positie was geplaatst. Om te bepalen of inderdaad sprake was van een verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument en strijd met de goede trouw, moest volgens het Hof worden nagegaan of de kredietverstrekker, door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument, er redelijkerwijs vanuit kon gaan dat de consument het betrokken beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk zou zijn onderhandeld.

Daarna richtte Hoekzema zich op de toetsing van wijzigingsbedingen. In het arrest *RWE* (HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180) ging het om een gasleverantie aan particuliere afnemers voor een vast tarief. De gasleverancier had de gasprijzen tot vier maal toe verhoogd, zonder dat daarbij voor de betrokken klanten een mogelijkheid bestond om van gasleverancier te veranderen. Vraag was of het wijzigingsbeding dat deze prijsverhogingen mogelijk maakte, oneerlijk was. Het Hof verweest eerst naar de uitzondering in punt 2 van de bijlage bij de richtlijn. Uit dit punt volgt dat de wetgever voor overeenkomsten voor onbepaalde tijd, zoals de onderhavige gasleveringsovereenkomst, heeft erkend dat de leverancier er rechtmatig belang bij heeft de prijs van zijn dienst te kunnen wijzigen. Een standaardbeding dat een dergelijke eenzijdige aanpassing mogelijk maakt, moet evenwel voldoen aan de in deze richtlijn gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Zo is ten eerste van wezenlijk belang dat in de overeenkomst de reden voor en de wijze van aanpassing van de kosten van de dienst transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria eventuele wijzigingen van deze kosten kan voorzien. Ten tweede is van belang dat consumenten het recht hebben de overeenkomst te beëindigen in geval van een daadwerkelijke wijziging van deze kosten. Hierbij geldt dat het opzeggingsrecht niet slechts formeel is en dus daadwerkelijk door de consument kan worden benut. Het verzuim om vóór sluiting van de overeenkomst informatie omtrent de mogelijkheid tot opzegging te verstrekken kan in beginsel niet worden goedge maakt door te stellen dat de consumenten in de loop van de uitvoering van de overeenkomst redelijke tijd vooraf zullen worden geïnformeerd over de kostenwijziging en het recht van de consument om de overeenkomst als reactie op die aangekondigde wijziging te ontbinden. Deze strikte eisen betreffende consumentenvoorlichting zijn de neerslag van een belangenafweging: tegenover het rechtmatige belang van de verkoper om zich in te dekken tegen een wijziging in de omstandigheden staat immers het even rechtmatige belang van de consument om te weten, en dus te kunnen voorzien, wat de gevolgen van een dergelijke wijziging voor

hem in de toekomst zullen zijn en om in dat geval over informatie te beschikken opdat hij op de meest geëigende wijze op zijn nieuwe situatie kan reageren.

Verdere verduidelijking van de transparantie-eis kan worden gevonden in de arresten *Kásler* (HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282) en *Andriciuc* (HvJ EU 20 september 2017, ECLI:EU:C:2017:703), betreffende mogelijk ongerechtvaardigde wisselkoersrisico's. De rode draad door deze arresten is dat de kosten van financiële producten transparant dienen te zijn. Hoofddedachte is immers dat de klant – dat wil zeggen: de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument – moet weten wat hij koopt. Wat precies de sanctie moet zijn in het geval niet aan deze transparantie-eis wordt voldaan, blijft, mede gelet op het arrest *Tijhuis/Dexia* (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773), onduidelijk.

5. Toetsing van oneerlijke bedingen in verzekeringsovereenkomsten

De algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW moet worden gezien als een krachtig handhavend middel, waarvan het handhavend karakter nog een extra impuls heeft gekregen met de uitvaardiging van de richtlijn oneerlijke bedingen, stelde mr. A.Ch.H. Franken (NautaDutilh) in zijn bijdrage. Met name in de *Océano*-rechtspraak van het Hof is de handhaving van de richtlijn pas echt kracht bijgezet. In die uitspraken is immers bepaald dat de rechter standaardbedingen in overeenkomsten ambtshalve dient te toetsen en dat – wanneer hij tot het oordeel komt dat het beding oneerlijk is – een afschrikwekkende sanctie voor de gebruiker moet volgen. Naast deze twee handhavingselementen zien we het handhavend potentieel van de richtlijn ook duidelijk terug in haar normstelling: er wordt uitgegaan van abstracte toetsing van het beding ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Volgens Franken is het, ook in het verzekeringsrecht, de uitdaging om deze vorm van privaatrechtelijke handhaving te zien binnen het bredere scala van beschikbare handhavingsinstrumentaria, zoals de schadevergoeding en nakoming in het civiele recht of het opleggen van een boete in het publiekrecht.

Vervolgens ging Franken in op de handhaving van de richtlijn bij verzekeringsovereenkomsten. In de jurisprudentie van de afgelopen jaren kunnen ten aanzien van de oneerlijkheidstoetsing drie gevalstypen worden onderscheiden: (1) gevallen waarin sprake is van een zogenaamde 'valkuildekking'; (2) situaties waarin de voorwaarden in strijd zijn met dwingend recht; en (3) bedingen waarvan de oneerlijkheid berust op een door de rechter gemaakte afweging.

De 'valkuildekking' betreft gevallen waarin de verzekeringsvoorwaarden een onduidelijkheid bevatten die de verzekerde confronteert met een niet-voorzien en niet-onbelangrijke dekkingsbeperking, waardoor sprake is van een 'valkuil'. Of in een concreet geval sprake is van zo'n valkuildekking is afhankelijk van de vraag of de voorwaarden in de verzekeringsovereenkomst een onduidelijkheid bevatten die óók oneerlijk is. Daarbij kan bijvoorbeeld worden

gedacht aan 'verrassende bedingen' die zodanig ernstig zijn dat ze ook oneerlijk zijn.³

De tweede categorie gevallen betreft situaties waarin de polisvoorwaarden in strijd zijn met dwingend recht. Het kan hierbij gaan om onduidelijke voorwaarden in strijd met dwingend recht, maar ook om voorwaarden die volstrekt duidelijk – maar vanwege hun strijdigheid met dwingend-rechtelijke bepalingen – desalniettemin oneerlijk zijn.

Daarnaast is er nog een derde categorie gevallen waarin de rechter de oneerlijkheidstoets niet op dwingend recht baseert, maar afwegend, distributief oordelend, tot oneerlijkheid komt. Met betrekking tot dit type gevallen springen voor Franken twee zaken in het oog: (1) de recente jurisprudentie met betrekking tot arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (in het bijzonder Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316) en (2) de jurisprudentie ten aanzien van beleggingsverzekeringen (in het bijzonder Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875). Wat deze laatste uitspraak betreft heeft ook de Commissie van Beroep van het Kifid zich uitgelaten over het zogenaamde hefboom- en inteereffect. Hoewel kostenbedingen in beleggingsverzekeringen op zichzelf niet voor dit effect waarschuwen en daarmee als 'onduidelijk' kunnen worden aangemerkt, hoeven zij evenwel niet oneerlijk te zijn. Onduidelijkheid en oneerlijkheid gaan dus niet noodzakelijkerwijs samen.

De uitdaging blijft volgens Franken om de oneerlijkheidstoets te zien binnen het breder handhavingsinstrumentarium van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke middelen. Een aanwijzing voor zo'n privaatrechtelijk/geïntegreerde benadering is bijvoorbeeld te vinden in het arrest *Seba/Amsterdam* (HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41, m.nt. H.B. Krans), waarin de Hoge Raad publiekrechtelijke elementen betreft in de onredelijkheidstoets.

6. Toetsing van oneerlijke bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden

Na de pauze was het woord aan mr. J. Broese van Groenou (promovenda Open Universiteit). Zij gaf een voordracht over de toetsing van erfpachtvoorwaarden aan art. 6:233 sub a BW en de richtlijn oneerlijke bedingen. De wetgever bepaalde 25 jaar geleden dat de algemene voorwaardenregeling van 6.5.3 BW van toepassing zou zijn op algemene erfpachtvoorwaarden. Hierdoor moest de erfpachter beschermd worden tegen onredelijk bezwarende erfpachtvoorwaarden, met name die van grote grondeigenaren.

In de rechtspraak van de afgelopen jaren over erfpachtvoorwaarden is een aantal lijnen te ontdekken. Er lijkt zich een nieuwe praktijk te ontwikkelen van ambtshalve richtlijnconforme toetsing van algemene erfpachtvoorwaarden. Recent zijn dan ook meer voorbeelden van vernietiging van algemene erfpachtvoorwaarden te vinden. Daarbij laat de rechter de verstoring van het evenwicht tussen rechten en plichten van partijen uit het erfpachtrecht zwaarder wegen

3 Zie daarover C.M.D.S. Pavillon, 'Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen', TvC 2018/2, p. 83-92.

dan het feit dat de aangevochten bedingen in de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden waren opgenomen. In de aangelegde toets is het vaak doorslaggevend of het desbetreffende beding het erfpachtrecht onoverdraagbaar maakt. Beperkte zakelijke rechten zoals erfpacht horen naar hun aard immers vrij overdraagbaar te zijn en deze overdraagbaarheid mag niet onredelijk worden beperkt. Ook wordt in de rechtspraak een zekere reflexwerking toegekend aan de richtlijn, zodat ook een erfpachtrecht uitgegeven aan een kleine vennootschap onder omstandigheden voor toetsing aan de richtlijn in aanmerking komt.

Volgens Broese van Groenou is de richtlijnconforme uitleg van erfpachtvoorwaarden door de Nederlandse rechter een effectieve aanvullende bescherming voor consumenten, bijvoorbeeld tegen onredelijke canonherziening. Wel blijven nog vragen over. Er bestaat nog onduidelijkheid over de vraag of ook rechtsopvolgers van de partijen bij vestiging zich op de algemene voorwaarden kunnen beroepen. Ook is in de rechtspraak nog onbeslist of de algemene bevoegdheid van de erfverpachter om eenzijdig de algemene erfpachtvoorwaarden te wijzigen onredelijk bezwarend is. Naar verwachting van Broese van Groenou zullen deze vragen over 25 jaar zijn uitgewerkt in een 'leerstuk eerlijke erfpachtvoorwaarden'. Canonherzieningen zullen dan zijn afgeschaft of vervangen, net als bedingen die de erfverpachter de bevoegdheid geven de algemene erfpachtvoorwaarden eenzijdig en tussentijds te wijzigen op een wijze die bij aanvang van het recht niet is voorzien. Ook zal de reikwijdte van de richtlijn dan duidelijk zijn voor erfpachtrechten gevestigd tussen professionals waarbij de erfpachter een kleine onderneming is.

7. Sancties bij oneerlijke bedingen

Over de sanctionering van oneerlijke bedingen bestaat nog de nodige onduidelijkheid, zo liet prof. mr. M.B.M. Loos (UvA) in zijn bijdrage zien. Naar Nederlands recht zijn verschillende sancties op oneerlijke bedingen denkbaar. Het uitgangspunt van art. 6 lid 1 van de Richtlijn in combinatie met art. 3:41 BW is de restgeldigheid van de overeenkomst. Alleen bij vernietiging van een oneerlijk beding dat onverbrekelijk verbonden is met de rest van de overeenkomst, is de overeenkomst in zijn geheel nietig. Partiële nietigheid kan weer onderverdeeld worden in splitsing van bedingen en reductie van bedingen. Een splitsbaar beding is een beding waarin duidelijk verschillende zaken worden geregeld en dat eenvoudig kan worden gesplitst in een geldig en ongeldig deel. Wanneer een beding echter niet zomaar kan worden gesplitst, kan de rechter het beding nietig verklaren 'voor zover het onacceptabel is'. Daarnaast kan nog worden gedacht aan wettelijke conversie in de zin van art. 3:42 BW. Bij conversie wordt het beding aangepast aan wat partijen overeen zouden zijn gekomen indien zij de nietigheid kenden.

Tegen splitsing gelden geen principiële bezwaren. Reductie en conversie worden door het Hof van Justitie echter als onaanvaardbaar beschouwd bij consumentenovereenkomsten. Als de rechter de gebruiker van algemene voorwaar-

den steeds te hulp schiet, bestaat voor de gebruiker immers geen prikkel om zelf redelijke bedingen op te nemen, zo redeneert het Hof. Bovendien bestaat het risico dat het langetermijndoel van de richtlijn wordt ondermijnd, namelijk het van de markt halen van onredelijke bedingen. Ook nietigheidsregulerende bedingen worden door het Hof afgekeurd, omdat de reikwijdte van dergelijke bedingen voor de gemiddelde consument onduidelijk is.

Het onredelijk beding zelf is dus vrijwel steeds geheel nietig, ook wanneer geen beroep op het beding is gedaan. Maar wat vervolgens met de leemte in de overeenkomst moet gebeuren, is niet steeds duidelijk. De stemmen in de literatuur zijn verdeeld: sommigen pleiten voor vervanging door aanvullend recht, anderen pleiten voor toepassing van aanvullend recht van rechtswege. De Hoge Raad lijkt vervanging van het onredelijke beding door aanvullend recht te prefereren (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773), maar de lagere rechtspraak is op dit punt verdeeld. Het Hof laat vervanging door aanvullend recht niet toe indien de overeenkomst zonder het beding kan blijven voortbestaan, wederom wijzend op het langetermijndoel van de richtlijn. De relatief onbekende beschikking *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:39, alleen beschikbaar in Frans en Spaans) schept echter de nodige verwarring. In deze beschikking overwoog het Hof dat als nationale wettelijke bepalingen niet in de weg staan aan de verwijdering van het oneerlijke beding, de richtlijn zich niet verzet tegen toepassing van die bepalingen. Met deze vrij schimmige formulering lijkt het Hof volgens Loos te willen zeggen dat de rechter niet moet vervangen, maar aanvullend recht moet toepassen. Dit staat echter op gespannen voet met de eerdere jurisprudentie van het Hof waarin werd geoordeeld dat vervanging door aanvullend recht alleen mogelijk is indien de overeenkomst anders nietig zou zijn. Of het Hof nu vervanging of juist simpele toepassing van het van rechtswege toepasselijke aanvullend recht voorstaat, blijft dus nog onduidelijk.

8. Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden door geschillencommissies

Het leerstuk van de amtsshalve toetsing van oneerlijke bedingen heeft de afgelopen jaren als gevolg van Europese rechtspraak voor diverse vragen gezorgd, onder meer in verband met de reikwijdte van de verplichting. Prof. mr. H.B. Krans (Universiteit Leiden) vroeg zich in zijn bijdrage af of geschillencommissies ook gehouden zijn tot amtsshalve toetsing van algemene voorwaarden. De aandacht rondom amtsshalve toetsing van Europees consumentenrecht gaat veelal uit naar de overheidsrechter. De procedures bij geschillencommissies zijn anders dan bij de rechter. Zou het echter niet vreemd zijn als geschillencommissies niet amtsshalve zouden toetsen? De Richtlijn oneerlijke bedingen en de Europese rechtspraak reppen van oneerlijke bedingen die de consument niet binden. Waarom zou dat niet gelden voor geschillencommissies? De Richtlijn ADR stimuleert bovendien alternatieve geschilbeslechting.

Een eerste inventarisatie (die Krans verrichtte samen met Eline Verhage, Universiteit Leiden) via de websites van verschillende geschillencommissies liet zien dat de Geschillencommissie voor Consumentenzaken (SGC) een enkele keer ambtshalve heeft getoetst, evenals de Geschillencommissie Zorgverzekeringen (SKGZ), en dat vooral het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: Kifid) veel ambtshalve toetst. In diverse van zijn uitspraken is het Kifid ingegaan op de mogelijke oneerlijkheid van een beding, hoewel de consument daar geen beroep op had gedaan.

Als geschillencommissies inderdaad gehouden zijn om ambtshalve te toetsen, kan de vraag rijzen of zij niet de behoefte hebben daarover zelf vragen te stellen. Zou daarom niet de weg van een prejudiciële vraagstelling aan het Hof voor geschillencommissies geopend moeten worden? Een andere optie zou nog kunnen zijn dat geschillencommissies aan de nationale rechter vragen kunnen stellen, zo formuleerde Krans enkele gedachten.

9. Slot

Medeorganisator prof. mr. C.M.D.S. Pavillon (RUG) signaleerde in haar slotwoord enkele hoofdthema's van de bijdragen en discussie tijdens het congres. De richtlijn speelt een rol op steeds meer gebieden (bijvoorbeeld in het verzekeringsrecht, bancaire recht en bij erfpachtvoorwaarden). In dit kader zijn nog vragen te beantwoorden over onder meer de reflexwerking van de richtlijn voor bedingen die niet direct onder het bereik vallen en over ambtshalve toetsing door geschillencommissies. Kritiek kwam naar voren op de vergelijkingstoets voor oneerlijkheid, die onduidelijkheid kan opleveren bij duurovereenkomsten zoals financiële producten. Ook blijkt dat de toets van oneerlijkheid steeds meer wordt ingevuld door het transparantievereiste, zonder dat altijd duidelijk is hoe deze eis zich verhoudt tot andere toetsingscriteria. Sommige deelnemers suggereerden dat de consument te veel in bescherming wordt genomen door de richtlijn. In ieder geval is te hopen dat de strenge aanpak van oneerlijke bedingen in het voordeel van de consument steeds meer zal leiden tot het verdwijnen van oneerlijke bedingen. Mogelijk zal de richtlijn over 25 jaar alleen nog een rol spelen bij langdurige overeenkomsten die stammen van vóór het verdwijnen van oneerlijke bedingen. Voorlopig is dat toekomstmuziek.