

Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?

C.M.D.S. PAVILLON*

De noodzaak van een afschrikkende sanctie op oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is de laatste drie jaar vaak onderstreept in de rechtspraak van het HvJ EU met betrekking tot Richtlijn 93/13/EEG. Een oneerlijk beding mag de consument niet binden en voor een herziening – lees: conversie of matiging – van het beding, bestaat geen ruimte. Onderhavige bijdrage reflecteert op twee recente arresten waarin de overgebleven rol van dwingend en aanvullend nationaal recht wordt toegelicht. Het *Unicaja Banco en Caixabank*-arrest geeft aan onder welke voorwaarden een nationale matigingsverplichting kan blijven bestaan en het *Kásler*-arrest maakt duidelijk wanneer de na de vernietiging van het beding ontstane leemte in de overeenkomst mag worden aangevuld met regeland recht.

1. Zaak 1: het Unicaja Banco en Caixabank-arrest

De Spaanse onroerendgoedcrisis heeft aanleiding gegeven tot een reeks arresten met betrekking tot de uitleg van de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹ Een tweetal arresten betreft de vraag naar de gevolgen van de vernietiging van een oneerlijk beding in algemene voorwaarden. Het *Banesto*-arrest maakte reeds duidelijk dat een oneerlijk beding uit de overeenkomst moet worden verwijderd en niet door de rechter mag worden herzien (lees: gematigd).² Het op woensdag 21 januari jl. gewezen *Unicaja Banco en Caixabank*-arrest (gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13)³ betreft de vraag of een nationale wettelijke matigingsplicht in dit licht kan blijven bestaan.

Verzoeksters (twee banken, in de zaken C-484/13, C-485/13 en C-487/13 is het Caixabank) gaan over tot uitwinning van woningen nadat de bezitters hiervan (verweerd) de uit de door hen gesloten hypothecaire kredietovereenkomsten voortvloeiende financiële verplichtingen niet zijn nagekomen. In de kredietovereenkomsten is behalve een torenhoog verdragingsrentepercentage (18 tot 25%) ook een beding opgenomen dat

de banken de mogelijkheid geeft om bij niet-nakoming door de kredietnemer van diens betalingsverplichtingen de oorspronkelijk overeengekomen einddatum te vervroegen en betaling te vorderen van de gehele verschuldigde hoofdsom, vermeerderd met de overeengekomen rente, verdragingsrente, provisies, kosten en uitgaven. De twee banken hebben vorderingen ingesteld om verlof tot (hypotheek)executie te krijgen voor de bedragen die verschuldigd zijn *na* toepassing van de overeengekomen verdragingsrente.

In het kader van deze procedures heeft de verwijzende rechter stilgestaan bij de mogelijke oneerlijkheid, in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG, van de verdragingsrentebedingen en het hanteren van verdragingsrente op de hoofdsom die als gevolg van niet-tijdige betaling vervroegd opeisbaar is. Na verwijzing zijn prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd. Bij beschikking van de president van het Hof zijn gelet op de onderlinge gelijkenissen alle zaken gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

Alleen de verwijzingsbeschikking in C-482/13 is volledig. Bij de overige zaken wordt alleen vermeld: 'de

* Mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. (Charlotte) Pavillon is als universitair docent burgerlijk recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

1. Zie behalve de twee hierna besproken arresten ook HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, NJ 2013/374, m.nt. M.R.M. (Aziz); HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14 (Sánchez Morcillo).

2. HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, TvC 2012, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos (Banesto). Zie ook HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, NJ 2013/487, m.nt. M.R.M. (Asbeek Brusse).

3. HvJ EU 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, RCR 2015/26 (Unicaja Banco en Caixabank).

feiten, de motivering en de prejudiciële vragen zijn in wezen dezelfde als in de prejudiciële zaak C-482/13'. In het arrest staat onder meer de vraag centraal of een Spaanse bepaling die de rechter (impliciet) verplicht om een in een hypothecaire kredietovereenkomst opgenomen vertragsrente die hoger is dan driemaal de wettelijke rente tot deze drempel te matigen,⁴ in strijd komt met de verplichting onder art. 6 van de Richtlijn oneerlijke bedingen⁵ om oneerlijke (rente)bedingen te vernietigen en het daarmee samenhangende verbod om een dergelijk beding te matigen. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. De desbetreffende matigingsbepaling kan blijven bestaan mits zij:

- 'de beoordeling door de nationale rechter van de oneerlijkheid van een dergelijk beding onverlet laat, en
- niet belet dat de rechter dat beding buiten toepassing laat indien hij tot het oordeel komt dat het "oneerlijk" is in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn.'

2. Geen uitspraak over de oneerlijkheid van het vertragsrentebeding

Het Hof merkt hierbij op dat de drempel van drie keer de wettelijke rente geen 'eerlijke drempel' vormt (r.o. 40). Een rente die lager uitvalt, kan evenzeer als oneerlijk worden aangemerkt. Dat een beding dat boven de drempel uitkomt zonder meer oneerlijk is, staat echter ook niet vast (r.o. 41 rept van 'de mogelijke oneerlijkheid'). Het Hof doet hierover geen uitspraak. Daarmee sluit het Hof aan bij de in *Hofstetter*⁶ ingezette jurisprudentielijn waarin het de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding aan de nationale rechter overlaat.

Het Hof verschaft, anders dan in de zaken *Aziz* en *Constructora Principado*,⁷ geen duidelijke gezichtspunten bij de oneerlijkheidstoets.⁸ Een van de in deze twee zaken gegeven aanwijzingen vormt de toets of 'de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt' (*Aziz*, r.o. 68). Voor het vaststellen van een aanzienlijke verstoring is 'reeds voldoende (...) 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' (*Constructora Principado*, r.o. 30).

Het Hof haalt genoemde overwegingen niet aan in het *Unicaja Banco en Caixabank*-arrest.

Het lijkt er echter op dat een rentebeding in een consumentenovereenkomst dat de drempel van drie keer de wettelijke rente overschrijdt aan het *Aziz*-criterium voldoet: de consument wordt in een minder gunstige rechtspositie gebracht dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. Aan de verplichte matiging is immers inherent dat een beding dat boven het drempelbedrag uitstijgt, de rechtspositie van de consument ernstig aantast. Dit zou op grond van bovenstaande rechtsoverweging uit het *Constructora Principado*-arrest op zichzelf voldoende moeten zijn om het beding als 'aanzienlijk verstoring' aan te merken.⁹ Opgemerkt zij, dat het aanmerken van een rentebeding dat boven de drempel uittoert als een oneerlijk beding tot gevolg zou hebben dat de nationaalrechtelijke matigingsplicht in de b2c-verhouding zinloos wordt, omdat hiervoor in de plaats de vernietiging van het beding als sanctie op de overschrijding van de drempel wordt gesteld. Het 'ja mits' van het Hof komt dan, wat betreft b2c-overeenkomsten, eigenlijk neer op een 'nee'.

3. Verbod op matiging van onredelijk bezwarende boetebedingen: eerst toetsen op oneerlijkheid

Het is de Spaanse rechter niet toegestaan om een boeterentebeding dat de drempel van drie keer de wettelijke rente overschrijdt *en* tevens oneerlijk is, in stand te laten. De rechter moet daarom eerst de oneerlijkheidstoets toepassen, alvorens hij aan de matiging toekomt. Geopperd is dat een matigingsplicht (of -bevoegdheid) de rechter kan afleiden van de noodzaak om het beding aan de oneerlijkheidstoets te onderwerpen en zo nodig te vernietigen.¹⁰ Dit is voor de consument niet te hopen. Er is, vertaald naar Nederlands recht, bij de samenloop tussen art. 6:233 onderdeel a en art. 6:94 BW dus sprake van een door het HvJ EU voorgeschreven *exclusiviteitsregel*. De Nederlandstalige versie van het arrest is echter in zoverre ongelukkig dat in rechtsoverweging 41 de indruk wordt gewekt dat de rechter een keuze heeft tussen matiging en vernietiging.

'Wanneer de in een beding van een hypothecaire leningsovereenkomst vastgelegde vertragsrente meer bedraagt dan het (...) drempelbedrag en op grond van die bepaling gematigd moet worden, mag dat voorts niet beletten dat de nationale rechter *behalve tot* [cursivering, CP] matiging over te kunnen gaan ook alle gevolgen kan verbinden aan de mogelijke oneerlijkheid,

4. De Spaanse wetbepaling luidt: 'De vertragsrente op geldleningen of kredieten voor de verkrijging van een als hoofdverblijf gebruikte woning die worden gedekt door een op die woning gevestigde hypotheek, mag niet meer bedragen dan driemaal de wettelijke rente en is uitsluitend verschuldigd over de achterstallige hoofdsom.'

5. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29).

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

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

8. Nu wordt hier door de Spaanse rechter i.c. ook niet om gevraagd. Zie over genoemde zaken: C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, afl. 4, p. 163-172.

9. Vgl. de 'versnelde route richting oneerlijkheid': A.G.F. Ancery, 'Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?', *MvV* 2014, afl. 4, p. 106.

10. C. Mak in haar blog inzake de conclusie voor de *Caixabank*-uitspraak: <http://recent-ecl.blogspot.nl/2014/10/spanish-mortgages-continued-ag-wahls.html> (laatst geraadpleegd op 29 maart 2015).

in het licht van richtlijn 93/13, van het vertragsrentebeding en het beding indien nodig kan vernietigen.'

Uit de Engels- en Franstalige versies van het arrest blijkt bijvoorbeeld duidelijk dat van een keuzemogelijkheid geen sprake is. Het woord 'behalve' wordt hierin vertaald als '*above and beyond*' en '*au-delà*'. Dit betekent dat de vernietiging een overtreffende trap vormt: een oneerlijk beding mag niet worden gematigd maar moet uit de overeenkomst worden geschrapt. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie van het Hof.¹¹ De matigingsbevoegdheid ex art. 6:94 BW staat ingeval sprake is van een onredelijk bezwarend boetebeding in een consumentenovereenkomst buitenspel en de mogelijkheid om een beding te matigen mag ook niet meer worden meegewogen bij de onredelijk-bezwarendtoetsing.¹² Overigens moet deze matigingsbevoegdheid dermate terughoudend worden toegepast dat de vraag rijst of er bij bedingen die de onredelijk-bezwarendtoets doorstaan wel ruimte is voor matiging. Een probleem hierbij is dat er weinig duidelijkheid bestaat over wat *in concreto* een onredelijk bezwarend boetebeding vormt. In het LOVCK-rapport is voorgesteld om bij boeterentebedingen¹³ aansluiting te zoeken bij de Wck.¹⁴ Beargumenteerd kan worden dat de daarin bepaalde maximale kredietvergoeding (12% + de wettelijke rente,¹⁵ thans dus 14%) een grens vormt.¹⁶ Een boeterentebeding dat hoger uitvalt is dan onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 onderdeel a BW uitgelegd in het licht van onderdeel e van de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke bedingen (vgl. het 2%-vertragsrentebeding in de aannemingsovereenkomst die centraal stond in het *Heesakkers/Voets*-arrest¹⁷). Dit houdt in dat het beding moet worden geschrapt uit de overeenkomst en dus niet mag worden teruggebracht – 'gematigd' – tot genoemde limiet.¹⁸

4. Verbod op herziening van onredelijk bezwarende bedingen in consumentenovereenkomsten

De Europese rechter heeft niet slechts het matigen van onredelijke boetebedingen in de ban gedaan. Meer in het algemeen heeft het HvJ EU bepaald dat oneerlijke bedingen niet mogen worden 'herzien'. Conversie mag dus ook niet.¹⁹ Conversie zoals bepaald in art. 3:42 BW houdt in 'dat de nietige rechtshandeling wordt omgezet (geconverteerd) in een geldige, indien aannemelijk is dat partijen het wél bereikbare boven de nietigheid zouden hebben verkozen'.²⁰ Het gaat hierbij om een geobjectiveerde toets. De inhoud van de rechtshandeling dient bij conversie zo veel mogelijk onaangetaast te blijven: wat slechts verandert, is de 'verpakking' van het door partijen beoogde rechtsgevolg.²¹ Het conversie-leerstuk omvat aldus Hijma echter meer dan alleen het 'herverpakken' van een rechtshandeling en strekt zich ook uit tot de reductie van onredelijk bezwarende bedingen (die niet zozeer een kwalitatieve als wel een kwantitatieve aanpassing betreft).²² De reductie, oftewel restrictieve uitleg, is nauw verwant aan de matiging en dus evenmin toegestaan.²³

In de literatuur wordt aangenomen dat de splitsing van een dergelijk beding in een geldig en niet-geldig deel wel zou mogen.²⁴ Bij splitsing (eigenlijk een toepassing van art. 3:41 BW op het niveau van een individueel beding) dient de rechter zich af te vragen of het af te splitsen deel los kan worden gezien van, i.e. in een onverbrekelijk verband staat met de rest van het beding. Deze vlieger gaat naar ik meen slechts op indien de voorwaarde niet zo is opgesteld dat het niet-geoorloofde deel er voor het gemak uitgeknipt kan worden (volgens het 'doorhalen wat niet van toepassing is'-principe).

De matiging of conversie van onredelijk bezwarende bedingen is problematisch omdat zij afbreuk doet aan de afschrikkende werking van de sanctie op dergelijke bedingen. Zij strijdt immers met de preventiegedachte en met de in art. 7 lid 1 richtlijn neergelegde plicht voor lidstaten om in doeltreffende en geschikte middelen te

11. Zie de arresten *Banesto* en *Asbeek Brusse*.

12. Hiermee is een einde gekomen aan de in de *Meurs/Newomij*-uitspraak gevolgde lijn. Vgl. H.N. Schelhaas, 'Matiging versus vernietigbaarheid van een contractuele boete (HR 24 maart 2006, *RvdW* 2006, 311)', *NTBR* 2006, afl. 6, p. 254.

13. Vertragsrentebedingen waarin wordt afgeweken van de wettelijke rente zijn een veelvoorkomend boetebeding.

14. Herzien LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II, par. 3.4.1.

15. Bij besluit van 4 december 2014, *Stb.* 2014, 491 is de wettelijke rente per 1 januari 2015 teruggebracht naar 2% (dit was 3%).

16. Zie ook de recente oproep tot meer uniformering van R.H.C. Jongeneel, 'Meer dan de wettelijke rente, maar hoeveel meer?', *NJB* 2015/861, p. 1227-1230.

17. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 waarover C.M.D.S. Pavillon, 'Het Heesakkers/Voets-arrest en de twee stadia van de ambtshalve oneerlijkheidstoets', *TvPP* 2014, afl. 3, p. 81-89.

18. Bij een kredietovereenkomst moet een onderscheid worden gemaakt tussen de boete- (lees: vertrags)rente en de rente zelf, zijnde de tegenprestatie voor de lening.

19. De discussie over de toelaatbaarheid van conversie strekt verder dan het terrein van het consumentenrecht. De onmogelijkheid van de conversie van een gelet op art. 6 lid 2 Mw nietig beding stond centraal in HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, *NJ* 2010/140, m.nt. M.R. Mok (*Prisma*) en in HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347, m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma (*BP/Benschop*). Zie hierover ook: Jac. Hijma, 'Conversie en reductie', *WPNR* 2015, afl. 7054, p. 263-269.

20. HR 21 januari 1944, *NJ* 1944/120 (*Van de Water/Van Hemme*), waarover Hijma 2015.

21. Hijma 2015 met verwijzing naar A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994, p. 265-266.

22. Hijma 2015.

23. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 435.

24. M.B.M. Loos, annotatie bij *Banesto*, *TvC* 2012, afl. 6 (hierna Loos 2012a). In gelijke zin V. van den Brink, 'Dwingend karakter van afd. 6.5.3, de vernietigbaarheid van bedingen', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 89.

voorzien om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in b2c-overeenkomsten. Wanneer een nietig beding wordt geconverteerd in een geldig beding, dan wordt de gebruiker van algemene voorwaarden niet voldoende gestraft en kan deze dus zonder risico oneerlijke bedingen blijven hanteren. Dit werd al erkend door de Nederlandse wetgever bij de invoering van afdeling 6.5.3 BW.²⁵ Niettemin bestaat er naar Nederlands recht, behalve bij de op de grijze en zwarte lijst prijkkende bedingen, wel ruimte voor de conversie van onredelijke bedingen op grond van art. 3:42 BW.²⁶ Het HvJ EU stelt daarentegen de afschrikkende werking van de nietigverklaring voorop en acht conversie evenmin als matiging toegestaan.²⁷

‘De overeenkomst moet immers in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen [cursivering, CP] – voortbestaan voor zover volgens de regels van intern recht een dergelijk voortbestaan van de overeenkomst rechtens mogelijk is.’²⁸

Hijma is van mening dat de preventiegedachte niet altijd moet overheersen, bijvoorbeeld als het beding niet buitenproportioneel is, en stelt dat ‘een financieel-kwantitatieve aanpassing’ in sommige gevallen gerechtvaardigd is.²⁹ Mij komt voor dat er, wat betreft bedingen in consumentenovereenkomsten, geen ruimte bestaat voor een dergelijk ‘grijs gebied’: een beding is oneerlijk in de zin van de richtlijn of is dat niet. Een herziening is slechts toegestaan indien het beding niet als onredelijk bezwarend kwalificeert. Is het onredelijk bezwarend, dan moet het beding worden vernietigd en is herziening niet aan de orde. De woorden ‘in beginsel’ in aangehaalde rechtsoverweging duiden er evenwel op dat het verbod op ‘andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen’ niet absoluut is. Wat het Hof heeft bedoeld met de woorden ‘in beginsel’ wordt duidelijk in het het *Kásler*-arrest. Vooropgesteld zij dat de preventiegedachte deze uitzondering blijft overheersen.

5. Zaak 2: het *Kásler*-arrest³⁰

Een vraag die in het besproken *Unicaja Banco en Caixa-bank*-arrest niet is voorgelegd aan het HvJ EU maar een rol speelde in het *Kásler*-arrest van 30 april 2014 is of de door de vernietiging van het rentebeding ontstane leemte in de overeenkomst kan worden opgevuld door aanvullend recht (denk bijvoorbeeld aan de wettelijke rente). In zijn annotatie bij het *Banesto*-arrest neemt Loos aan dat dit ‘gewoon’ mogelijk zou moeten zijn.³¹

De *Kásler*-zaak draait om een beding dat leidt tot een verschil in de berekeningswijze van de lening, al naargelang het de vrijgave dan wel de aflossing betreft. Verzoekers sluiten een hypothecaire lening voor 25 jaar op een onroerende zaak met OTP Jezálogbank (verweerster). Het uitgeleende bedrag wordt in Hongaarse forint (HUF) ter beschikking gesteld. Op de vrijgave van de lening wordt de aankoopkoers van de Zwitserse frank (CHF) toegepast. Bij de aflossing maakt de bank winst door de verkoopkoers van de CHF te hanteren. Verzoekers wenden zich tot de rechter omdat zij deze berekeningswijze oneerlijk achten. De rechter is het met verzoekers eens en verplicht de bank om ook bij de aflossing van de lening in het vervolg de *aankoopkoers* van de CHF te gebruiken (de situatie naar Hongaars aanvullend recht).

Naast vragen over de kwalificatie van de berekeningswijze als kernbeding en de rol van de transparantie-eis bij de oneerlijkheidstoets, stelt het Hongaarse cassatiehof een vraag over de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen met regelend recht *na* de vernietiging van het beding. Het HvJ EU beantwoordt deze vraag bevestigend. De overeenkomst kon immers niet zonder berekeningswijze blijven bestaan. ‘De schrapping van de bedingen inzake de toepasselijke wisselkoers zou de kredietovereenkomst (...) onuitvoerbaar maken’, aldus A-G Wahl in zijn conclusie (punt 98). Het is de nationale rechter in deze zaak dus toegestaan om te bepalen dat de maandelijkse termijnen van de aflossing van de lening na de vernietiging van het litigieuze beding dienen te worden berekend op basis van de door de bank toegepaste *aankoopkoers*.

6. De mogelijkheid tot aanvulling van de overeenkomst met regelend recht begrensd

Uit de *Kásler*-uitspraak kan evenwel worden opgemaakt dat het *niet zonder meer* mogelijk is om de overeenkomst aan te vullen met regelend recht. Het Hof erkent weliswaar dat aanvullend recht het contractevenwicht herstelt (zoals ook volgt uit overweging 13 van de considerans bij de richtlijn³²) maar legt in het arrest de nadruk op de voor het bereiken van de richtlijndoelstelling vereiste afschrikkende werking van de nietigverklaring ex art. 6 lid 1 richtlijn (r.o. 83).

Het herstel van het contractevenwicht wordt in deze uitspraak in zoverre ondergeschikt gemaakt aan die afschrikwekkende werking dat het Hof de mogelijkheid tot aanvulling van de overeenkomst met regelend recht expliciet koppelt aan de situatie waarin de overeenkomst *niet* kan blijven voortbestaan (partiële nietigheid ex art. 3:41 BW is niet mogelijk) en de consument door

25. MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1587 en 1588.

26. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën Nieuw BW, deel B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 46.

27. Zie hierover 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; Loos 2013, nr. 438.

28. *Banesto*, r.o. 65.

29. Hijma 2015 met verwijzing naar Rb. Zutphen 27 mei 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI7904.

30. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. M.R.M., RCR 2014/57 (*Kásler*).

31. Loos 2012a.

32. ‘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.’

de nietigverklaring wordt benadeeld.³³ De vernietiging van de gehele kredietovereenkomst zal er i.c. toe leiden dat de consument ineens de gehele lening moet terugbetalen.³⁴ Deze benadeling van de consument doet (kennelijk) meer afbreuk aan de afschrikkende werking van de nietigverklaring van het beding dan het feit dat door de aanvulling met regeland recht een met een conversie vergelijkbaar³⁵ resultaat wordt bereikt.

'Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, waarin een overeenkomst tussen een verkoper en een consument niet kan blijven voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk beding [cursivering, CP], 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.'³⁶

7. Terug naar zaak 1: het Unicaja Banco en Caixabank-arrest

Welke implicaties heeft het in *Kásler* bepaalde voor zaken waarin een boeterentebeding sneuvelt? Laten we de hypothetische³⁷ vraag beantwoorden of de rechter in de *Caixabank*-uitspraak de hypothecaire kredietovereenkomst zou kunnen aanvullen met de wettelijke rente na de vernietiging van het door hem als oneerlijk aangemerkte vertragsrentebeding. Voor het antwoord op deze vraag is beslissend of deze overeenkomst kan blijven voortbestaan zonder een contractueel vertragsrentebeding.

Ingevolge art. 3:41 BW blijft een rechtshandeling, indien een grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, voor het overige in stand voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat.³⁸ In het *Jörös*-arrest overwoog het Hof dat de nationale rechter in beginsel aan de hand van objectieve criteria moet beoordelen of de betrokken overeenkomst zonder het vernietigde beding kan voortbestaan.³⁹ A-G Wahl hanteert in zijn conclusie het criterium van de uitvoerbaarheid van de overeenkomst.⁴⁰

De toets ex art. 3:41 BW (de onverbreekelijkheidstoets) zal er veelal op neerkomen dat de overeenkomst kan blijven voortbestaan zolang de *essentialia* van de overeenkomst in stand blijven.⁴¹ Het is niettemin ook goed denkbaar dat een overeenkomst niet kan voortbestaan zonder een algemene voorwaarde, te meer omdat het begrip 'kernbeding' eng moet worden uitgelegd. Men neme het berekeningswijzebeding uit de *Kásler*-zaak als voorbeeld: het Hof laat de kwalificatie hiervan als kernbeding over aan de nationale rechter⁴² maar gelet op de restrictieve uitleg van art. 4 lid 2 richtlijn door het Hof⁴³ (art. 6:231 onderdeel a BW) is zeer aannemelijk dat het beding niet als kernbeding mag worden beschouwd.

Een boeterentebeding vormt zeker geen kernbeding en volgens A-G Wahl (die zich in zijn conclusie voor het *Caixabank*-arrest ook over deze hypothetische vraag boog) staat de vernietiging van een rentebeding zoals aan de orde in het *Caixabank*-arrest de uitvoerbaarheid van de overeenkomst niet in de weg. De consument blijft immers verplicht tot terugbetaling, zij het zonder rente. Dat 'de rente-aanspraak van de schuldeiser die een beroep doet op het oneerlijke beding volledig vervalt', is volgens hem allesbehalve in het nadeel van de consument.⁴⁴ De aanvulling van de overeenkomst met regeland recht lijkt dus uitgesloten in deze zaak. Vertaald naar Nederlands recht: een onredelijk bezwarend boeterentebeding mag de rechter dus niet zomaar 'converteren' naar de wettelijke rente en de overeenkomst aldus aanvullen.⁴⁵

Dit laat onverlet dat de gebruiker in een subsidiaire vordering op de wet kan terugvallen, wat in de praktijk ook gebeurt. Dit doet naar ik meen echter evenzeer afbreuk aan de afschrikwekkende werking van de vernietiging als de (verboden) herziening van het beding. Het met succes subsidiair kunnen vorderen van de wettelijke schadevergoeding of rente leidt tot hetzelfde resultaat als de vervanging van het beding oftewel aanvulling van de overeenkomst met regeland recht: de gebruiker speelt een spel zonder nieten. De richtlijn gaat echter niet over de toewijzing van schadevergoeding op grond van het Nederlandse recht (en benadrukt als gezegd de 'eerlijkheid' van dwingend en aanvullend

33. Andersom geldt overigens dat de rechter 'zijn beoordeling van de vraag of een overeenkomst tussen een consument en een beroepsbeoefenaar met een of meerdere oneerlijke bedingen kan voortbestaan zonder die bedingen, niet uitsluitend kan baseren op de eventueel gunstige gevolgen van de nietigverklaring van die overeenkomst in haar geheel voor een van de partijen, in dit geval de consument': HvJ EU 15 maart 2012, C-453/10, NJ 2012/330, m.nt. M.R. Mok (*Pereničová*).

34. Overigens is de vernietiging van de overeenkomst is sommige gevallen wellicht juist in het voordeel van de consument die zich hiermee de kosten van opeenvolgende procedures bespaart.

35. In gelijke zin: Loos 2013, nr. 439.

36. Dictum *Kásler*-arrest.

37. Deze vraag speelt geen rol in het besproken arrest.

38. Vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123 (*BP/Benschop*), r.o. 2.4.5.

39. HvJ EU 30 mei 2013, C-397/11, NJ 2013/486, m.nt. M.R.M. (*Jörös*).

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

41. Dit laatste zal meestal het geval zijn omdat kernbedingen zijn uitgezonderd van de oneerlijkheidstoets en slechts kunnen worden vernietigd op grond van art. 6:233 onderdeel a BW wanneer zij onduidelijk zijn (art. 6:231 onderdeel a BW).

42. De nationale rechter had i.c. reeds vastgesteld dat de overeenkomst zonder dat beding niet kon blijven voortbestaan.

43. *Kásler*, r.o. 49-51.

44. Conclusie A-G N. Wahl voor *Unicaja Banco en Caixabank*, punt 30. Deze zienswijze kan wellicht in twijfel worden getrokken: de boeterente vormt een stok achter de deur die ervoor zorgt dat de consument zijn verbintenissen nakomt en vormt een essentieel onderdeel van de overeenkomst. Vgl. C. Mak in een aan zijn conclusie gewijde blog entry <http://recent-ecl.blogspot.nl/2014/10/spanish-mortgages-continued-ag-wahls.html> (laatst geraadpleegd op 29 maart 2015).

45. A-G N. Wahl acht het omzetten van het rentebeding niet toegestaan: zie punt 30 van zijn conclusie voor *Unicaja Banco en Caixabank*. 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 e.v. (2.17 in het bijzonder).

recht in haar considerans). Dat in navolging van het (herzien) LOVCK-rapport de toewijzing van de subsidiair gevorderde wettelijke schadevergoeding volgens een alleszins redelijke berekeningswijze gebeurt, is echter onwenselijk.⁴⁶ Naar mijn idee zou met het oog op de doeltreffendheid van de richtlijn voor een 'straffend' en dus suboptimaal berekeningsmodel moeten worden gekozen.

Dat een overeenkomst blijft voortbestaan zonder boetebeding, doet voorts ook niets af aan de mogelijkheid om in een latere procedure, verondersteld dat de overeenkomst in stand blijft en de consument wederom zijn betalingsverplichting niet nakomt, de wettelijke schadevergoeding/rente met succes te vorderen. Na de vernietiging van een oneerlijk beding zal de gebruiker echter zo snel mogelijk zijn algemene voorwaarden willen aanpassen. Geschiedt deze aanpassing op basis van een eenzijdig wijzigingsbeding (wat meestal het geval zal zijn), dan moet acht worden geslagen op de jurisprudentie van het HvJ EU inzake wijzigingsbedingen.

8. Een voorbeeld van de doorwerking van de Europese jurisprudentie in de lagere rechtspraak

De Rechtbank Amsterdam⁴⁷ heeft een in verzekeringsvoorwaarden opgenomen clausule, die de verzekeraar het recht geeft bij te late premiebetaling, zonder voorafgaande ingebrekestelling, de dekking te schorsen, als onredelijk bezwarend aangemerkt en vernietigd. Het beding week immers af van art. 7:934 BW (vgl. par. 2). De rechtbank kwam tot de conclusie dat de overeenkomst kon blijven voortbestaan zonder het beding (partiële nietigheid). Ook weigerde zij het beding te splitsen of te converteren. De wanbetalende verzekerde (een advocaat nota bene) had dus recht op de door hem gevorderde uitkeringen uit de ongevallenverzekering. De vernietiging van het beding neemt niet weg dat de verzekerde 'gewoon' verplicht blijft tot het betalen van de achterstallige premie, zoals een kredietnemer na het schrappen van het vertragsrentebeding verplicht blijft om de lening terug te betalen. Bij de vernietiging van de schorsingsclausule bestaat echter de mogelijkheid om uitkeringen en premie te verrekenen. Dit maakt de sanctie voor de verzekeraar per saldo iets milder dan voor de kredietverstrekker. De Rechtbank Amsterdam heeft echter voor de vanuit het perspectief van de richtlijn meest doeltreffende sanctie gekozen en dit is precies wat het HvJ EU voorschrijft.

9. De stand van zaken in een notendop

In de twee besproken arresten werkt het Hof de in eerdere rechtspraak uitgestippelde lijn nader uit. Het Hof blijft bij het standpunt:

- dat partiële nietigheid mogelijk is indien de overeenkomst kan blijven voortbestaan; en
- dat herziening van een onredelijk bezwarend beding in beginsel niet is toegestaan.

Herziening moet ruim worden uitgelegd. Onder herziening vallen de figuren van de matiging, reductie en conversie. De verschillen tussen de verschillende rechtsfiguren wat betreft hun toepassingsmodaliteiten zijn mijns inziens van ondergeschikt belang.⁴⁸ Het gaat om het door hun toepassing bereikte resultaat: dat een situatie ontstaat waarin het beding alleen van zijn scherpe randjes wordt ontdaan en de gebruiker niet voldoende wordt gestraft.⁴⁹

Het Hof voegt hieraan toe:

- dat de overeenkomst mag worden aangevuld met regelend recht indien de vernietiging van het oneerlijke beding tot de vernietiging van de overeenkomst leidt (er is geen partiële nietigheid ex art. 3:41 BW mogelijk) en dit in het nadeel is van de consument; en
- dat indien een in de nationale wet bepaalde matigingsverplichting de vernietiging van een oneerlijk beding niet verhindert, zij mag blijven bestaan.

Een aantal vragen blijft vooralsnog onbeantwoord. Nader verduidelijkt zou moeten worden wat de rechter moet doen ingeval:

- het toewijzen van subsidiaire, op regelend recht gebaseerde vorderingen neerkomt op een conversie of matiging⁵⁰ (het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen blijft dan immers een spel zonder nieten voor de gebruiker);
- de vernietiging van het beding in het nadeel is van de consument, niet omdat het contract ophoudt te bestaan maar omdat het geschrapte beding de consument rechten verleent. De overwegingen uit de *Kásler*-uitspraak betreffende de afbreuk die de door de vernietiging van het beding veroorzaakte *benadeling van de consument* zou kunnen doen aan de afschrikkende werking van de nietigverklaring (r.o. 83) zijn op deze situatie naar ik meen van analogische toepassing.⁵¹ Overigens gaat het hierbij doorgaans om dwingend recht en zal de 'aanvulling' van rechtswege plaatsvinden.

46. C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst', *TvC* 2015, afl. 3, par. 8.3 met verwijzing naar het op Rechtspraak.nl raadpleegbare rapport, p. 37.

47. 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, P.H. Leerink, 'Geen premie, wel dekking. Ambtshalve vernietiging van met art. 7:934 BW strijdige schorsingsclausule in consumentenverzekering', *NTHR* 2014, afl. 5.

48. In de literatuur wordt de reductie met het oog op het bereikte resultaat in verband gebracht met de matiging (Loos 2012a) en de conversie (Van den Brink 2010, Hijma 2015).

49. Als splitsing hierop neerkomt, is zij dus niet toegestaan.

50. Vgl. het herzien LOVCK-rapport, par. 3.4.4.

51. Zie in gelijke zin de wenk bij het arrest in *RCR* 2014/57: 'Aangenomen kan echter worden dat die bevoegdheid zich ook uitstrekt tot andere gevallen (waarin de overeenkomst na schrapping van het oneerlijke beding op zich nog wel zou kunnen blijven voortbestaan), mits vastgesteld wordt dat het evenwicht tussen de verkoper en de consument na schrapping van het oneerlijke beding uit balans is.'

10. Tot slot

Ik wil graag afsluiten met de opmerking dat de handhaving van de Richtlijn oneerlijke bedingen en dus de verwezenlijking van haar doelstellingen in Nederland grotendeels op de schouders van de rechterlijke macht rust. Publiekrechtelijk toezicht op algemene voorwaarden laat te wensen over en het is dus aan de rechters in individuele zaken (collectieve zaken op grond van art. 6:240 BW komen nauwelijks voor) om de afschrikkende werking van de sancties op oneerlijke bedingen te waarborgen en aldus 'een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers' (art. 7 richtlijn).