



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (IV)

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2020). Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (IV). *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2020(7302), 819-828. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278436>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278436>

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

Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (IV)

1. Inleiding

Deze beschouwing is gewijd aan een aantal ontwikkelingen op het terrein van het algemene overeenkomstenrecht (het rechtshandelingenrecht daaronder begrepen), zoals die van medio 2017 tot medio 2020 in de jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden kunnen worden gesignaleerd.¹

2. Handelingsonbevoegdheid

Van handelingsonbevoegdheid spreekt men als de wet een bepaalde persoon ongeschikt verklaart om een bepaalde rechtshandeling te verrichten. De figuur heeft als achtergrond dat betrokkene een bijzondere hoedanigheid bezit, die het onwenselijk maakt dat hij de bedoelde rechtshandeling onverkort kan verrichten. In het algemene rechtshandelingenrecht wordt de handelingsonbevoegdheid – niet te verwarren met handelingsonbekwaamheid of beschikkingsonbevoegdheid² – geregeld in art. 3:43 BW. In de rechtspraak doet dit artikel niet vaak van zich spreken; aan de Hoge Raad voorgelegde zaken zijn schaars.³

Onderhoudsbedrijf Previa heeft een vordering op accountantskantoor AA, welke vordering zij ‘stil’ cedeert (art. 3:94 lid 3 BW) aan haar advocaat, mr. O.⁴ Twee maanden later daagt Previa AA in rechte. De rechtbank verklaart zich onbevoegd; er volgt een arbitrage, waarin AA tot betaling wordt veroordeeld. Kort daarna wordt AA van de cessie op de hoogte gesteld. AA weigert aan mr. O. te betalen; zij acht de cessie nietig wegens handelingsonbevoegdheid van de raadsman.

Art. 3:43 lid 1 BW verklaart nietig rechtshandelingen die, direct of indirect, strekken tot verkrijging door (o.a.) advocaten van ‘goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen’. De bepaling dient het algemeen belang: de tot het gerechtelijk apparaat (in ruime zin) behorende personen moeten onkreukbaar zijn, en iedere schijn van belangenverstrengeling dient te worden vermeden.⁵

De procedure draait om de vraag of de wettelijke formule ‘(goederen) waarover een geding aanhangig is’ rekkelijk dan wel precies is te verstaan. De casus heeft als saillant kenmerk dat op het moment waarop de cessie aan mr. O plaatsvond weliswaar nog geen dagvaarding was uitgebracht, maar de definitieve processtukken al wel gereed lagen. De rechtbank leest art. 3:43 BW rekkelijk en acht de – in de aanloop naar het



Prof. mr. Jac. Hijma*

proces verrichte – cessie nietig. De Hoge Raad echter stelt zich op het precieze standpunt: een geding is ‘aanhangig’ vanaf de dag van de dagvaarding. Vóór dat formele moment verrichte rechtshandelingen worden door art. 3:43 BW dus niet geraakt.

De Hoge Raad draagt een drietal argumenten aan: de tekst van de wet (vgl. art. 125 lid 1 Rv), de wetshistorie⁶ en de rechtszekerheid.⁷ Een overtuigend pakket. Het tegenargument dat de processtukken al klaarlagen, zodat er materieel nauwelijks verschil bestaat met de situatie waarin het proces al is aangespannen, delft daarte-

* Emeritus hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van het WPNR. (j.hijma@law.leidenuniv.nl).

1. Zie voor de voorafgaande edities van deze rubriek WPNR 2013/6994 (I), WPNR 2015/7081 (II) en WPNR 2017/7166 (III). Ook ditmaal zijn de opgenomen casusbeschrijvingen tot de hoofdlijnen beperkt en hier en daar, overzichtelijkheidshalve, iets gestileerd.
2. Vgl. art. 3:32 c.a. BW resp. art. 3:84 c.a. BW.
3. Zie tevoren HR 29 september 1995, NJ 1996/104 (*Muller/Akkerman c.s.*), inzake de koop door een kandidaat-notaris van een huis waarover een procedure loopt.
4. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, NJ 2019/211 m.nt. Jac. Hijma (*AA Accountants*); conclusie A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2018:21. Over het arrest ook W.H. van Boom, AA 2018, p. 715-719; M.H.E. Rongen, JOR 2018/170. Over het onderwerp A.I.M. van Mierlo, in: GS Vermogensrecht, aant. bij art. 3:43 BW, met vermelding van verdere bronnen.
5. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 3* 1990, p. 1145, waarnaar de Hoge Raad verwijst (r.o. 3.3.4 slot).
6. Nader A-G Valk in diens conclusie voor het arrest, ECLI:NL:PHR:2018:21, sub 2.3 e.v.
7. Zie r.o. 3.3.2.

genover het onderspit. Het argument van de rechtszekerheid wordt door de Raad aldus verwoord: het past bij de nietigheidssanctie van art. 3:43 BW om de gevallen waarin zij van toepassing is, duidelijk te begrenzen.⁸ Deze overweging bevat een boodschap voor heel art. 3:43 BW. De Raad kondigt in wezen aan dat hij, bij gelegenheid, ook andere onderdelen van het artikel zo helder mogelijk zal afpalen.

De constatering dat de casuspositie niet door art. 3:43 BW wordt bestreken, impliceert niet dat de advocaat die zich door zijn cliënt 'net op tijd' een vordering laat cederen, in veilige haven is. Onder omstandigheden kan een ander correctief van toepassing zijn: art. 3:40 lid 1 BW (strijd met openbare orde en/of goede zeden), art. 3:44 lid 4 BW (misbruik van omstandigheden) en/of art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Bovendien dreigen tuchtrechtelijke sancties. De Raad van Discipline heeft mr. O. de maatregel van berisping opgelegd, omdat hij niet heeft gehandeld zoals een advocaat betaamt; hij heeft immers 'de schijn gewekt dat hij voor zijn cliënte procedeerde, terwijl hij in feite voor zichzelf aan het procederen was'.⁹

3. Dwaling (bij renteswaps)

De laatste decennia heeft het aloude dwalingsleerstuk zich moeten bewijzen op enkele moderne financieelrechtelijke terreinen: bij de effectenlease¹⁰ en, meer recent, bij de *renteswap*. Met een renteswapovereenkomst dekt een ondernemer, die geld leent of heeft geleend tegen een variabele rente, zich in tegen een eventuele stijging van die rente. Hij 'ruilt rentes' met een bank, in die zin, dat de bank hem maandelijks (althans periodiek) een corresponderende rente gaat betalen en daar een vaste rente – met een opslag – voor terugontvangt. De renteswap, een derivatencontract, is veel aangegaan in het midden- en kleinbedrijf. Voor de cliënt brengt de overeenkomst risico's mee, onder meer bij een eventuele tussentijdse beëindiging. Nogal wat ondernemers hebben geprobeerd zich aan de swap te onttrekken met een beroep op dwaling (art. 6:228 BW). De feitenrechter heeft daar wisselend op gereageerd.¹¹ In dit licht is het weinig verwonderlijk, dat een van de aangezochte colleges besluit een aantal prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad (art. 392 Rv).¹² De vragen betreffen twee dimensies: eerst die van de dwalingsvereisten (art. 6:228 BW) en vervolgens die van de gevolgen van een geslaagd dwalingsberoep (art. 6:203 e.v. BW).¹³

Wat de vereisten voor vernietigbaarheid betreft, verschaft de uitspraak enige invulling van de over en weer bestaande precontractuele gehoudenheden: enerzijds de mededelingsplicht van de

bank (art. 6:228 lid 1 sub b BW), anderzijds de eigen onderzoekplicht van de cliënt (art. 6:228 lid 2 BW). Van de cliënt mag, aldus de Raad, in ieder geval worden verlangd dat hij aandachtig en oplettend de stukken bestudeert, aandachtig van een eventuele mondelinge toelichting kennisneemt en vragen stelt als er onduidelijkheden resteren. Daarbij mag hij in de regel afgaan op de juistheid van hem gedane mededelingen.¹⁴ De bancaire mededelingsplicht krijgt gestalte in een spiegelbeeldig uitgangspunt: de bank heeft aan haar plicht voldaan, 'indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat'.¹⁵ Deze uitwerking suggereert een standaardisering, en lijkt daarmee een abstractie te behelzen ten opzichte van de algemene dwalingsleer, waarin de mededelingsplicht meebeweegt met eventuele bijzondere kenmerken – zwakheden inclusief – van de concrete wederpartij. Zoals een vervolgarrest opheldert,¹⁶ is geen principiële koerscorrectie beoogd. De Hoge Raad omschrijft slechts een algemeen uitgangspunt, dat afwijking verdraagt. Als de bank beseft dat de concrete cliënt het niveau van de 'maatmens' niet haalt, kan dat ertoe leiden dat haar mededelingsplicht boven de geschetste standaardplicht uitstijgt.

8. R.o. 3.3.2 slot.

9. RvD Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:309, onder 5.5, 6.1.

10. O.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*).

11. Zie voor een serie vindplaatsen in diverse zin A-G Wissink in zijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2019:329, sub 5.13-17.

12. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ABN AMRO*); conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:329. Over de uitspraak ook M.D.H. Nelemans & J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2019-6, p. 269-280; F.P.C. Strijbos, *JOR* 2019/223. Over de onderwerpen o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2018/230-231, 636-639, en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/447-448, met vermelding van verdere vindplaatsen.

13. Over deze laatste dimensie hierna, par. 4.

14. R.o. 3.5.4.

15. R.o. 3.5.6.

16. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, NJ 2020/258, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ABN AMRO II*), r.o. 4.2.4.

De Hoge Raad beklemtoont dat de hier bedoelde mededelingsplicht (art. 6:228 BW) niet mag worden vereenzelvigd – of verward – met enkele andere verplichtingen die een bank jegens haar wederpartij kan hebben: een waarschuwplicht op grond van haar maatschappelijke functie en deskundigheid, of een adviseringsplicht uit hoofde van een eventuele adviesrelatie. De Raad ziet er scherp op toe dat de feitenrechter een en ander uit elkaar houdt.¹⁷

De uitspraak bevat ook enkele overwegingen met betrekking tot de vereisten van causaal verband en ‘kenbaarheid’. Op dit laatste punt distilleert de Hoge Raad uit de drie rubrieken van art. 6:228 lid 1 BW een overkoepelend vereiste: ‘de wederpartij moest begrijpen dat de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap voor de dwalende van beslissende betekenis was’¹⁸. Deze samenvattende formule, die aan het oude recht herinnert, sluit bij het in de literatuur gangbare inzicht aan.¹⁹

4. Vervolg; ongedaanmakingsfase

Dat brengt ons bij de tweede dimensie: de *gevolgen* van een geslaagd beroep op dwaling. De vernietiging van het swapcontract heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW), zodat de reeds verrichte prestaties over en weer kunnen worden teruggeëist op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW). Bij een renteswap blijkt dat niet steeds eenvoudig. De Hoge Raad presenteert een uitvoerige bespiegeling, waarin hij onderscheid maakt tussen een ‘geldstroomuitleg’ en een ‘risico-uitleg’,²⁰ en bovendien tussen dwalingen over de risicoafdekking als zodanig en dwalingen over andere aspecten (kort gezegd: modaliteiten) van de afdekking.²¹

De crux is dat in het bewuste tijdvak de variabele rente niet is gestegen, maar juist stevig is gedaald. Gedurende de swap heeft het risico van potentiële rentestijgingen (niet bij de cliënt, maar) bij de bank gelegen.

In situaties waarin de bank niet het risico als zodanig heeft overgenomen, maar partijen zich over en weer alleen tot geldebetalen hebben verplicht (de door de HR gesignaleerde ‘geldstroomuitleg’), heeft het terugdraaien van alle betalingen tot gevolg dat, achteraf gezien, de cliënt zijn rentestijgingsrisico gratis op de bank heeft afgewenteld. Als de dwaling niet de renteswap als zodanig (maar slechts een modaliteit ervan) betreft, acht de Hoge Raad die slotsom – terecht – niet gerechtvaardigd.²² Het is voldoende dat de cliënt wordt gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd bij de (wijze van) risicoafdekking die hij bij een juiste voorstelling van zaken zou hebben gekozen.

De wederzijdse ongedaanmakingsverbintenissen dienen, zo overweegt de Raad laconiek, daarnaar te worden ingericht.²³ Met een knipoog naar het klassieke arrest *Quint/Te Poel*²⁴ schrijft de Raad, dat deze oplossing past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen; ter adstructie somt hij een rij in dezen relevante artikelen op.

In situaties waarin partijen zijn overeengekomen dat de bank het risico van rentestijgingen overneemt (‘risico-uitleg’), is het beeld ietwat minder gecompliceerd. De risico-overname vormt dan een contractuele prestatie, die naar haar aard niet kan worden teruggedraaid. Krachtens art. 6:210 lid 2 BW moet de cliënt, voor zover redelijk, de *waarde* van die prestatie (op het ogenblik van ontvangst) restitueren.²⁵ Die waarde is uiteraard niet te stellen op de destijds door de bank bedongen bedragen; zo zou de cliënt immers niet opschieten met zijn geslaagde dwalingsberoep. Ook hier zal moeten worden onderzocht in welke positie de cliënt zonder zijn dwaling zou hebben verkeerd. Is aannemelijk dat hij voor een andere – goedkopere – swapvariant had gekozen, dan kan het een oplossing zijn de terugbetaling te stellen op de bij die andere variant behorende prijs. Van dit laatste biedt, *avant la lettre*, het vervolgarrest *Rentederivaat ING* een aardige illustratie.²⁶

17. Zie met name HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *NJ 2020/258 (Rentederivaat ABN AMRO II)*, r.o. 4.2.1 e.v., 4.2.6.

18. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ 2020/257 (Rentederivaat ABN AMRO)*, r.o. 3.7.3.

19. Asser/Sieburgh 6-III 2018/227; Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228, aant. 2.1. Het door de Hoge Raad gehanteerde woord ‘eigenschap’ verdient een ruime lezing (eigenschap of omstandigheid).

20. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ 2020/257 (Rentederivaat ABN AMRO)*, r.o. 3.6.4 e.v.

21. R.o. 3.6.7.

22. R.o. 3.6.7, tweede gedeelte.

23. R.o. 3.6.7, slot.

24. HR 30 januari 1959, *NJ 1959/548*, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

25. Aan de toepassingsvoorwaarden van de bepaling is voldaan, reeds omdat de cliënt erin heeft toegestemd een tegenprestatie te verrichten (waarmee hij heeft doen blijken dat de prestatie waarde voor hem heeft).

26. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJ 2020/259*, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ING*), r.o. 4.5.2.

Het krachtige van de uitspraak is, dat de Hoge Raad werk maakt van het – al eerder door hem verwoorde – uitgangspunt van ons Burgerlijk Wetboek, dat nietigheden (vernietigbaarheden inclusief) niet verder mogen ingrijpen dan hun strekking meebrengt.²⁷ Aan de cliënt die zonder de dwaling ook voor een renteswap zou hebben gekozen (zij het in een andere variant), behoort niet achteraf een gratis risicoafdekking in de schoot te vallen. Voor zover de wettelijke ongedaanmakingsregels tot die slotsom zouden leiden, dienen ze te worden gecorrigeerd.²⁸ Wel vraag ik mij af of de Raad niet (te) veel werk maakt van de ‘geldstroomuitleg’. Men kan het m.i. evengoed zó zien dat bij elke renteswap – ongeacht hoe die precies is geformuleerd – de bank het rentestijgingsrisico van de cliënt overneemt (hetzij direct, hetzij indirect). In deze visie wordt het beeld wat minder gecompliceerd, zonder af te doen aan de fraai-terughoudende teneur van het arrest.

5. Aansprakelijkheid voor (medische) hulpzaken

De aansprakelijkheid voor zaken kent een buitencontractuele component (art. 6:173 e.v. BW), maar ook een contractuele (art. 6:77 BW). Deze laatste is aan de orde als bij de uitvoering van een verbintenis schade ontstaat doordat de schuldenaar gebruik maakt van een daartoe ongeschikte zaak. Klassieke arresten hieromtrent zijn *Vliegtuigvleugel* en *Polyclens*, beide ruim een halve eeuw oud, maar nog steeds van gewicht.²⁹

X ondergaat een oogoperatie, waarbij een zogeheten Miragelplombe wordt ingebracht.³⁰ De plombe leidt tot een reeks van complicaties; X spreekt het ziekenhuis aan op grond van wanprestatie. De operatie vond plaats conform de stand van de medische kennis op dat moment (*‘state of the art’*). Later trad aan het licht dat dit type plombe bij een aanzienlijk percentage van de patiënten tot complicaties leidt.

Het is interessant te constateren dat de drie colleges die zich over deze zaak buigen, tot drie wezenlijk verschillende uitkomsten geraken: de rechtbank neemt een niet-toerekenbare tekortkoming aan, het hof constateert een toerekenbare tekortkoming (art. 6:77 BW), terwijl de Hoge Raad *geen* tekortkoming aanwezig acht. De Raad formuleert daartoe een algemeen principe:

‘Indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling *“state of the art”* is, brengt het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen

medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt.’

Aan een afweging op de voet van art. 6:77 BW – dat een tekortkoming veronderstelt – komt men aldus niet toe. De hulpverlener draagt geen aansprakelijkheid.³¹

De Hoge Raad legt hieraan één argument ten grondslag: een andere opvatting verdraagt zich niet met de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de daarbij door de hulpverlener in acht te nemen zorg. Deze redengeving is m.i. meer in wegende zin dan in logische zin te verstaan. Het feit dat in de medische behandelingsovereenkomst ‘de zorg van een goed hulpverlener’ centraal staat (art. 7:453 BW), verhindert immers niet dat aan die inspanningsverbintenis resultaatcomponenten kunnen worden – en worden – toegevoegd.³² De door de Raad gekozen oplossing spreekt mij aan. Een boven de *state of the art* uitstijgende verbintenis zou een exceptie, en daarmee buitensporige, belasting van de hulpverlener opleveren.³³ In dit verband is veelzeggend dat zelfs de regeling van de producten-aansprakelijkheid, die het karakter van een risicoaansprakelijkheid heeft,³⁴ een op de *state of the art* georiënteerde afpaling bevat (art. 6:185 lid 1 sub e BW).

27. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HE:2006:AU9717, NJ 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal & Sun c.s./Universal Pictures*), r.o. 4.7.

28. Waarbij met name ook aan art. 6:212 BW (ongerechvaardigde verrijking) valt te denken.

29. HR 5 januari 1968, NJ 1968/102, m.nt. G.J. Scholten (*Vliegtuigvleugel; ondeugdelijke hijskraan*); HR 13 december 1968, NJ 1969/174, m.nt. G.J. Scholten (*Polyclens; ondeugdelijk schoonmaakmiddel*).

30. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, RvdW 2020/779 (*Miragelplombe*); conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:175. Over het onderwerp o.a. Asser/Sieburgh 6-I 2016/351-352, met vermelding van verdere vindplaatsen; meer specifiek J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

31. Onder ‘hulpverlener’ is mede het ziekenhuis te verstaan (vgl. art. 7:462 BW); zie ook de hierna te bespreken beslissing *PIP-implantaat*, r.o. 2.7.

32. Dit wordt terecht beklemtoond door A-G Wissink in zijn conclusie, sub 9.29.1 e.v.

33. Vergelijk bijv. de situatie bij koop: de verkoper staat er ‘slechts’ voor in dat de zaak de eigenschappen bezit die de koper op het moment van contracteren mocht verwachten (conformiteit, art. 7:17 BW), en een koper zal normaliter niet mogen verwachten dat de zaak beter is dan de actuele *state of the art* meebrengt.

34. Zie bijv. HvJ EG 10 mei 2001, ECLI:EU:C:2001:258 (*Veefald*), punt 15.

Het enkele feit dat een door de schuldenaar gebruikte zaak problemen veroorzaakt, is dus niet voldoende om diens prestatie rechtens onder de maat te achten. ‘Geschiktheid’ is (geen absoluut maar) een relatief begrip, dat met de stand van wetenschap en techniek mee-evolueert. Hoewel de Hoge Raad zich alleen over de medische behandeling uitlaat, komt het mij voor dat de gedachte niet tot die sfeer is beperkt.

Op dezelfde dag doet de Hoge Raad een tweede uitspraak op dit terrein, ditmaal van prejudiciële aard. Bij een plastisch-chirurgische operatie wordt bij Y een met siliconen gevuld borstimplantaat aangebracht, van een wereldwijd veelvuldig toegepast type (‘PIP-implantaat’).³⁵ Het implantaat scheurt en leidt tot lichamelijke klachten. Y vordert een verklaring voor recht dat het ziekenhuis voor haar schade aansprakelijk is.

De Hoge Raad herhaalt de in *Miragelpombe* gepresenteerde *state of the art*-regel. De voorliggende casus kent echter een complicatie: als gevolg van een – pas veel later ontdekte – groot-schalige fraude zijn PIP-implantaten in omloop geraakt die geen medicinale, maar industriële siliconen bevatten. Zo’n ‘fout’ implantaat was naar medisch inzicht ongeschikt en voldeed niet aan de wettelijke normen, zodat het gebruik daarvan wel degelijk een tekortkoming oplevert. Die tekortkoming echter kan, aldus de Raad, niet aan de hulpverlener worden toegerekend (art. 6:77 BW). Redengevend daarvoor zijn drie gezichtspunten: het gaat om een grootschalige en ernstige fraude, de deskundigheid van de hulpverlener speelt geen rol, en aansprakelijkheid zal leiden tot een cascade aan (deels omvangrijke) schadeclaims, waartegen men zich slechts beperkt kan verzekeren.

Intussen staat niet vast dat Y’s implantaat tot de fraudegroep behoorde.³⁶ Als dit exemplaar niet de verkeerde siliconen bevatte, maar wel een verhoogde kans had op scheuren of lekken,³⁷ is er *in beginsel* sprake van een tekortkoming, behalve als een dergelijk implantaat naar de medische inzichten van destijds *state of the art* was.³⁸ Wat de toerekenbaarheid van zo’n (eventuele) tekortkoming betreft laat de Hoge Raad het bij een compacte analyse van art. 6:77 BW.³⁹ als uitgangspunt geldt dat de tekortkoming aan de schuldenaar toerekenbaar is, en dat is alleen anders als dat in het concrete geval onredelijk zou zijn.⁴⁰

6. Ingebrekestelling en verzuim

Het leerstuk van ingebrekestelling en verzuim blijft de gemoederen bezighouden, met name op het punt van de uitzonderingen. Art. 6:83 BW somt drie gevallen op waarin de schuldenaar

zonder ingebrekestelling in verzuim komt.⁴¹ In eerdere arresten heeft de Hoge Raad al duidelijk gemaakt dat die opsomming geen limitatief karakter heeft; onder omstandigheden kan en mag een ingebrekestelling ook uitblijven op basis van de – aanvullende of beperkende – werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 c.q. 6:248 BW).⁴²

Fraanje, hoofdaannemer bij de bouw van een Zeeuws sportcomplex, schakelt op enige onderdelen Alukon als onderaannemer in.⁴³ Bij Alukon ontstaat vertraging. In de loop van september 2013 sommeert Fraanje Alukon diverse malen om de werkzaamheden alsnog (binnen een bepaalde termijn) uit te voeren. Bovendien ontdekt Fraanje gebreken in de uitvoering, ter zake waarvan zij tot aanpassing sommeert. Begin oktober 2013 ontbindt zij, per brief, het onderaannemingscontract. Alukon laat weten dat zij de ontbinding niet accepteert. Zij werpt onder meer tegen dat zij niet, zoals art. 6:265 lid 2 BW eist, in verzuim verkeerde.

35. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *RvdW* 2020/780 (*PIP-implantaat*); conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:176. Over de uitspraak ook S.T. Könnig & L. Homan, *JA* 2020/105.

36. R.o. 2.2 sub (xi).

37. R.o. 2.8.4.

38. Het ligt op de weg van de hulpverlener om aan te tonen dat de genoemde uitzondering zich voordoet; r.o. 2.8.4.

39. Dat ook dit type casus – waarin een zaak in het lichaam wordt aangebracht – onder de reikwijdte van art. 6:77 BW valt, staat tussen partijen niet ter discussie; zie *Miragelpombe*, r.o. 3.1, en *PIP-implantaat*, r.o. 2.8.7. Nader A-G Wissink, conclusie *Miragelpombe*, sub 8; conclusie *PIP-implantaat*, sub 8.

40. R.o. 2.8.5. Stelplicht en bewijslast inzake de niet-toerekenbaarheid rusten op de tekortschietende schuldenaar; r.o. 2.8.6.

41. In specifieke kaders voegt de wet nog enkele uitzonderingen toe, bijv. in art. 6:205 BW (ontvangst te kwader trouw).

42. HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/257, m.nt. Jac. Hijma (*Fraanje/Götte*); HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006/597, m.nt. Jac. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*).

43. HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, *NJ* 2020/197, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Fraanje/Alukon*); conclusie A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2019:623. Over het arrest ook B.M. Katan, *JOR* 2020/53; W.F.R. Rinzema, *Computerrecht* 2020/7; H.N. Schelhaas, *AA* 2020, p. 374-383; J.H.M. Spanjaard, *TBR* 2020/73.

De Hoge Raad presenteert, steunend op de wetsgeschiedenis,⁴⁴ een algemene karakterschets van de wettelijke regeling (art. 6:82 en 6:83 BW). Het gaat hier niet zozeer om strakke, naar de letter toe te passen, regels. Veeleer beogen deze bepalingen de rechter de mogelijkheid te geven om waar partijen – zoals meestal – zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen, naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hen mocht worden verwacht.⁴⁵ Daarmee plaatst de Raad de materie in wezen rechtstreeks in het domein van de redelijkheid en billijkheid, waarbij de regels van art. 6:82 lid 2 en 6:83 BW ‘omlaag vallen’ naar de positie van – alszins nuttige – indicatoren. Hoewel deze benadering in het licht van de parlementaire geschiedenis en voorafgaande arresten niet verrassend kan worden genoemd, kan het arrest toch als een *landmark* in de ontwikkeling van het verzuimleerstuk worden aangemerkt.⁴⁶ Het gangbare beeld lijkt immers te zijn gekanteld: in plaats van ‘bepalend zijn de wettelijke regels, bijgestaan door de redelijkheid en billijkheid’ is het voortaan – wat gechargeerd gezegd wellicht – ‘bepalend is de redelijkheid en billijkheid, bijgestaan door de wettelijke regels’.

Dat het terrein aldus meer open oogt dan voorheen, kan een uitdaging opleveren om nieuwe categorieën – althans nieuwe gevallen – te ontwikkelen. Het arrest biedt daarvan meteen een voorbeeld. Onder omstandigheden kan, aldus de Hoge Raad, het verzuim (ook) intreden indien de schuldenaar niet of niet toereikend reageert op een verzoek van de schuldeiser om binnen een redelijke termijn toe te zeggen dat hij binnen een gestelde (eveneens redelijke) termijn zal nakomen, of om zich binnen een redelijke termijn uit te laten over de wijze waarop en de termijn waarbinnen hij gebreken zal herstellen. Daarbij kan mede een rol spelen of de gestelde termijn in de betrokken branche gebruikelijk is.⁴⁷

Bovendien is het arrest interessant voor de (lengte van de) *termijn* die in de – eventueel benodigde – ingebrekestelling moet zijn opgenomen (art. 6:82 lid 1 BW). Fraanje heeft diverse termijnen gesteld en sommaties verstuurd, maar een deugdelijke ingebrekestelling leverde een en ander niet op.⁴⁸ Alukon meent dat voor de lengte van de ‘redelijke termijn’ die eerdere feiten dus irrelevant zijn. Met recht ziet de Hoge Raad het anders. Het staat de schuldenaar in de meeste gevallen niet vrij om met de voorbereidende handelingen te wachten tot hij aangemaand wordt. Eerdere termijnen en sommaties zijn dus niet waardeloos, maar kunnen leiden tot een verkorting van de (redelijke) termijn zoals die in de uiteindelijke ingebrekestelling dient te worden

gesteld. Ook door de schuldenaar zelf gewekte verwachtingen kunnen daarbij meewegen.⁴⁹

7. Zuivering van verzuim; schuldeisers-verzuim

De wet biedt de schuldenaar de mogelijkheid om via *zuivering* een reeds ingetreden verzuim te beëindigen. Naast behoorlijke nakoming zal de schuldenaar daartoe de schuldeiser ook betaling moeten aanbieden van de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten (art. 6:86 BW). Doet hij dat niet, dan kan de schuldeiser het zuiveringsaanbod probleemloos naast zich neerleggen.

JED Textiles verkoopt 2500 poloshirts aan X, te leveren op 27 februari 2013.⁵⁰ Gezien de ‘fatale’ contractuele termijn raakt JED op 28 februari in verzuim.⁵¹ Op 12 maart geeft zij aan dat zij pas op 19 en 26 maart kan leveren; in verband daarmee verleent zij 10% resp. 15% korting. Op 26 maart meldt JED een nieuw probleem en vraagt zij of partijen nog met het contract zullen doorgaan. X antwoordt dat niet leveren ‘geen optie’ is en dient een omvangrijke schadeclaim in. JED acht X’s verlangens disproportioneel en verbreekt daarom per direct de samenwerking, met annulering van de order. X ontbindt de overeenkomst wegens wanprestatie.

44. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 289. Over het onderwerp o.a. Asser/Sieburgh 6-I 2016/387-398a, met vermelding van verdere vindplaatsen.

45. R.o. 3.2.2.

46. Enzo H.N. Schelhaas, AA 2020, p. 383 (‘hét nieuwe standaardarrest’).

47. R.o. 3.4.4 (en 3.5.2 e.v.). Bij de beoordeling wat de schuldeiser uit het gedrag van de schuldenaar heeft mogen afleiden, kunnen ook feiten en omstandigheden van belang zijn die zich pas na de ontbindingsverklaring hebben voorgedaan (r.o. 3.5.2). Zulke feiten kunnen immers – in de woorden van annotator Smeehuijzen (NJ 2020/197, noot, sub 16) – een betekenisvol licht werpen op de eerdere situatie.

48. Aldus het hof in r.o. 3.9.3 en 3.9.4, waarover de HR in r.o. 3.3.1.

49. R.o. 3.3.1.

50. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2255, NJ 2020/196, m.nt. Jac. Hijma (*JED Textiles*); conclusie A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2018:692. Over het arrest ook F.P.C. Strijbos, JOR 2019/49. Over de onderwerpen o.a. Asser/Sieburgh 6-I 2016/299-307 en 402, met vermelding van verdere vindplaatsen.

51. Art. 6:83 sub a BW.

De figuur van de zuivering van verzuim wordt niet vaak aan de Hoge Raad voorgelegd. De Raad neemt de gelegenheid te baat om, in een soort van college, de verschillende zich aandienende mogelijkheden op een rij te zetten en, op hoofdlijnen, uit te werken.⁵²

Wat de zuivering betreft ligt het probleem erin dat JED meent dat zij – naast de prestatie – een rechtens toereikende schadevergoeding heeft aangeboden (10-15% korting), terwijl X deze vergoeding veel te laag oordeelt. Als JED gelijk heeft, is X door het zuiveringsaanbod te weigeren in schuldeisersverzuim geraakt (art. 6:58 BW), met alle gevolgen van dien; het verzuim van JED zou daarmee zijn geëindigd (art. 6:61 BW). Als X gelijk heeft, kon hij het aanbod gevoeglijk negeren en is het verzuim van JED blijven voortbestaan. De Hoge Raad geeft zich rekenschap van de onzekerheid over de schadeomvang waarin partijen kunnen verkeren. In lijn met art. 6:86 BW legt de Raad de verantwoordelijkheid bij de schuldenaar (in casu: JED). Deze kan in het algemeen niet volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag (een andere visie zou de deur naar chicanes wijd open zetten). Om aan art. 6:86 BW te voldoen moet de schuldenaar buiten twiifel stellen dat hij de inmiddels verschuldigde schadevergoeding (en kosten) volledig zal betalen; zo nodig zal de schade-omvang dan naderhand moeten worden vastgesteld, al dan niet door de rechter.⁵³

Met het hof komt het mij voor dat JED's schadevergoedingsaanbod onder de maat was.⁵⁴ De Hoge Raad laat deze kwestie echter – vrij verrassend – in het midden. De uiteindelijke vraag luidt of X de koop al dan niet kon ontbinden, en voor dié vraag is, aldus de Raad, het oordeel over het zuiveringsaanbod niet beslissend. Zelfs als X in schuldeisersverzuim mocht zijn geraakt, gaf dat aan JED – als schuldenaar – nog niet het recht de order eenzijdig te annuleren; het ontbindingsrecht komt immers alleen aan schuldeisers toe (art. 6:265 BW). JED bleef zodoende verplicht de redelijkerwijs van haar te vergen zorg in acht te nemen om te kunnen nakomen indien het schuldeisersverzuim zou zijn geëindigd. In plaats daarvan heeft zij, door haar schuld, de nakoming van haar verbintenis onmogelijk gemaakt. Op grond van die tekortkoming was wederpartij X – en hij alleen – gerechtigd om, ondanks een eventueel crediteursverzuim zijnerzijds, de koop te ontbinden (art. 6:266 lid 2 BW).⁵⁵

Schuldeisersverzuim betekent niet dat de schuldenaar van rechtswege wordt bevrijd, en evenmin dat hij zichzelf eenzijdig kan bevrijden.⁵⁶ Wat wel gebeurt, is dat de wet zijn aansprakelijkheid

terugschroeft naar het niveau 'schuld'; het normaliter ook aanwezige element 'risico' (art. 6:75 BW) komt te vervallen (art. 6:64 voor schadevergoeding, art. 6:266 lid 2 BW voor ontbinding). De achtergrond is van causale aard: als de schuldeiser de prestatie niet zou hebben geblokkeerd, had de schuldenaar ook geen risico meer gelopen. Het enige wat van de schuldenaar nog kan worden gevergd, ligt op schuldniveau:⁵⁷ het betrachten van een redelijke zorg ten behoeve van alsnog-nakoming. Schiet hij in die zorg tekort, dan kan de schuldeiser de overeenkomst toch ontbinden. Technisch gesproken lijkt mij dit niet – zoals de Hoge Raad suggereert – een 'ontbinding tijdens crediteursverzuim', maar is het veeleer zo dat het zorgtekort het crediteursverzuim als oorzaak van de niet-nakoming verdringt, zodat het crediteursverzuim eindigt (art. 6:58 BW), het verzuim van de schuldenaar herleeft (vgl. art. 6:61 BW) en de schuldeiser (hier: X) weer regulier kan ontbinden (art. 6:265 BW).

8. Ontbinding wegens contractschending; uitzonderingen

Voor de ontbinding van een overeenkomst wegens contractsschending draagt het Nederlandse recht niet, zoals onder meer de Anglo-Amerikaanse stelsels doen,⁵⁸ als vereiste aan dat sprake moet zijn van een wezenlijke tekortkoming (*fundamental breach*). Het BW volstaat met een lichter ogende toets, die in de vorm van een tenzij-formule is gegoten:

'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1 BW slot).'

52. R.o. 3.4.1 e.v.

53. R.o. 3.4.3

54. A-G Wesseling-van Gent acht 's hofs oordeel gebrekkig gemotiveerd (conclusie, sub 2.20 e.v.).

55. R.o. 3.4 (kaderschets) en 3.5 (toepassing).

56. Wel kan hij de rechter om bevrijding van zijn verbintenis vragen (art. 6:60 BW).

57. Inclusief schuld van een ondergeschikte; zie de twee genoemde wetsartikelen.

58. Zie ook art. 25, 49 en 64 Weens Koopverdrag (CISG).

De implicaties van deze wettelijke zinsnede boeien de civilist reeds lang.⁵⁹ In 2018 lokt een voorzieningenrechter, via prejudiciële vragen, er een fundamentele uitspraak van de Hoge Raad over uit.⁶⁰

X huurt een sociale huurwoning van de Amsterdamse woningstichting Eigen Haard.⁶¹ In strijd met de toepasselijke algemene voorwaarden, die tot zelfbewoning strekken, geeft X de woning een aantal maanden – gratis – in gebruik aan een jong gezin, dat anders op straat komt te staan. Eigen Haard acht zich bevoegd om op grond van deze overtreding de huurovereenkomst te ontbinden. X werpt tegen dat, gezien de omstandigheden, zijn tekortkoming deze ontbinding niet rechtvaardigt.

De Hoge Raad stelt voorop dat de wetgever aan art. 6:265 lid 1 BW de structuur heeft gegeven van een hoofdregel (iedere tekortkoming volstaat), gevolgd door een ‘tenzij-bepaling’, die een uitzondering op de hoofdregel inhoudt.⁶² Deze wettelijke structuur heeft gevolgen op het punt van stelplicht en bewijslast: het is aan de schuldeiser om de tekortkoming (en zo nodig het verzuim) gestalte te geven, en aan de schuldenaar om de omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die op toepassing van de tenzij-bepaling zien.⁶³

Materieel bezien is er – aldus de Hoge Raad – geen reden om aan te nemen dat de uitzonderingsbepaling slechts zelden kan worden toegepast. Het gaat hier om een gewoon ‘tenzij’, te vergelijken met dat van (het centrale) art. 6:74 lid 1 BW voor schadevergoeding.⁶⁴ Hoofdregel en tenzij-bepaling brengen samen ‘de materiële rechtsregel tot uitdrukking dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst’,⁶⁵ een maatstaf die stoelt op de redelijkheid en billijkheid. Het gaat hier dus niet slechts om een veiligheidsnet voor bijzondere gevallen, maar om een materieel open formule. Hoewel de Raad van *maatstaf* spreekt, lijkt de genoemde ‘tekortkoming van voldoende gewicht’ mij eerder een compact etiket dan een praktisch inzetbare meetlat.

Voor de toetsing draagt de wet, uiteengerafeld, vier gezichtspunten aan: de bijzondere aard van de tekortkoming, de geringe betekenis van de tekortkoming, de omvang van de ontbinding (‘deze ontbinding’) en de gevolgen van de ontbinding. De Hoge Raad spreekt onomwonden uit dat de toetsing niet slechts aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten plaatsvindt. *Daarnaast*, aldus de Raad met verwijzing naar een reeks eerdere arresten, ‘kunnen immers alle

overige omstandigheden van het geval van belang zijn’. De Hoge Raad vermeldt, aanknopend bij eerdere arresten, een aantal voorbeelden van andere mogelijk relevante omstandigheden,⁶⁶ waaronder de ernst van de tekortkoming, de aanwezigheid van een voor de schuldenaar minder bezwaarlijk alternatief, het belang van de schuldenaar bij instandhouding en dat van de schuldeiser bij ontbinding. Dit open karakter brengt ook mee dat niet op voorhand aan één gezichtspunt een beslissende rol kan worden toegekend.

De uitspraak *Eigen Haard* maakt met name tweërlei duidelijk. Ten eerste dat de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW méér is dan een vangnet, en ten tweede dat bij de toepassing alle omstandigheden van het geval relevant kunnen zijn. Beide aspecten lagen, zoals de Hoge Raad benadrukt, reeds in de eerdere arresten besloten; in zoverre kan men niet zeggen dat de uitspraak nieuw recht creëert. Daar staat tegenover dat de uitspraak wél nieuw is in de principiële en structurele wijze waarop de Hoge Raad de materie presenteert. Het nieuw-geschetste beeld verschaft aan theorie en praktijk een welkome basis om het ontbindingsleerstuk verder tot ontwikkeling te brengen. Nu dit grotere – en soepel(er) ogende – kader eenmaal is neergezet, zou het mij niet verbazen als schuldenaren vaker een beroep op de tenzij-bepaling gaan doen, en evenmin, als dat langzamerhand tot een hogere toepassingsfrequentie van dat ‘tenzij’ gaat leiden.

59. Zie o.a. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993; T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

60. Aardig detail: deze voorzieningenrechter is de in de vorige noot genoemde F.B. Bakels.

61. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *NJ* 2019/446, m.nt. Jac. Hijma (*Eigen Haard*); conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:787. Over de uitspraak ook S. van Gulijk, *TBR* 2018/197, F.J.P. Lock, *JBPR* 2018/61; P.J.M. Ros, *PrG*. 2019/68; H.N. Schelhaas, *AA* 2019, p. 293-302. Over het onderwerp o.a. Asser/Sieburgh *6-III* 2018/684-685, met vermelding van verdere vindplaatsen.

62. R.o. 3.5.

63. R.o. 3.6, met bijzonderheden in r.o. 3.7.

64. Ik vraag mij af of deze vergelijking wel loepzuiver is; bij art. 6:74 BW is sprake van naast elkaar staande vereisten (tekortkoming en toerekenbaarheid), terwijl bij art. 6:265 BW de ene eis (gerechtvaardigdheid) zich op het terrein van de andere bevindt (‘iedere tekortkoming’). Nader *NJ* 2018/449, noot, sub 8.

65. Zie voor dit alles r.o. 3.5.

66. R.o. 3.8.2-4.

9. Algemene voorwaarden (in consumentenovereenkomsten)

In Afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden) kent de wet een algemeen regime betreffende standaardvoorwaarden, dat zowel tot bescherming van consumenten als tot bescherming van (de meeste) niet-consumenten strekt.⁶⁷ Voor zover het om consumentenovereenkomsten gaat, hebben veel van deze regels de status van implementatiewetgeving: zij vormen de nationale neerslag van Europese Richtlijn 93/13 betreffende 'oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten'. Juist met betrekking tot die richtlijn heeft het Europese Hof van Justitie een forse stroom prejudiciële beslissingen gepubliceerd, die de Hoge Raad – de rechterlijke gehoudeheid tot richtlijnconforme interpretatie indachtig – bij uitleg en toepassing van de nationale bepalingen tot uitgangspunt neemt. Aldus heeft zich, naast het 'algemene algemenevoorwaardenrecht', een specifiek, Europees gekruid, *consumentenalgemenevoorwaardenrecht*⁶⁸ ontwikkeld. Eind 2019 benut de Hoge Raad de zich aandienende gelegenheid om een aantal bijzonderheden op een rij te leggen en daar enige nadere duiding aan te geven.

SDB en Euribar, stichtingen die de belangen van consumenten met een 'Euribor-hypotheek' behartigen, spannen een collectieve procedure aan op de voet van art. 3:305a BW.⁶⁹ Zij komen op tegen inhoud en toepassing van het in de hypotheekvoorwaarden opgenomen 'wijzigingsbeding', dat aan de bank de bevoegdheid geeft eenzijdig de opslag op het variabele rentepercentage te wijzigen.⁷⁰ Is een dergelijk beding 'oneerlijk' in de zin van de Europese richtlijn, daarmee onredelijk bezwarend in de zin van het nationale art. 6:233 sub a BW, en dus vernietigbaar? Rechtbank en hof oordelen bevestigend, maar de Hoge Raad casseert.

De Hoge Raad zet zich aan een 'overzichtsarrest', waarin hij allereerst de stand van de regelgeving en de rechtspraak – met name ook de rechtspraak van het Europese Hof – in kaart brengt. Een kwartet onderwerpen passeert de revue: oneerlijkheidstoetsing; de Bijlage bij Richtlijn 93/13; het transparantievereiste; herziening en uitvoeringscontrole.⁷¹ Aansluitend beoordeelt het college, tegen de geschetste achtergrond, de (door beide partijen aangevoerde) cassatieklachten.⁷²

Wat de oneerlijkheidstoetsing betreft verdienen – onder meer – twee aspecten de aandacht. In de eerste plaats de concretisering van het centrale criterium.⁷³ Per saldo is bepalend, zo overweegt de Hoge Raad in navolging van het Europese Hof, 'of de verkoper redelijkerwijs ervan kon

uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld'.⁷⁴ Deze invulling verschaft de vage norm 'oneerlijk' – en daarmee ook haar pendant 'onredelijk bezwarend' – een meer concreet, tastbaar consumentvriendelijk, profiel.

In de tweede plaats zij gewezen op het *cumulatieprincipe*: men mag niet ieder beding op zichzelf ('los') beschouwen en beoordelen, maar moet nagaan wat 'het cumulatieve effect' van alle bedingen is.⁷⁵ Dit mes snijdt aan twee kanten: een bepaald contractueel beding kan sneller oneerlijk worden door de bedingen waarmee het is omringd, maar ook minder snel. In casu is met name deze laatste mogelijkheid aan de orde. Het hof, dat het wijzigingsbeding oneerlijk verklaarde, heeft – aldus de Hoge Raad – dat beding te geïsoleerd gezien: het had aandacht moeten besteden aan het betoog van de bank dat haar wijzigingsbevoegdheid elders in de overeenkomst wordt gecompenseerd, doordat de consument de Euribor-lening in een andere rentevorm mag omzetten en die lening ook steeds boetevrij mag aflossen. Het gerechtshof ziet zijn arrest op deze klip stranden.

67. Bepaalde 'grote' wederpartijen kunnen op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW geen beroep doen (art. 6:235 lid 1 BW), en zijn daarmee op het algemene art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) aangewezen.

68. *Excusez le mot*.

69. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *RvdW* 2019/1210 (*ABN AMRO/SDB c.s.*); conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:346. Over het arrest ook D. Busch, *AA* 2020, p. 179-186; H. Scholten, *JOR* 2020/36. Over het onderwerp o.a. Asser/Sieburgh *6-III* 2018/460-462 en 479-488, met vermelding van verdere vindplaatsen.

70. R.o. 2.1.

71. Respectievelijk r.o. 3.2, 3.3, 3.4 en 3.5-6.

72. R.o. 4 en 5.

73. Zie voor de primaire uitwerking daarvan art. 3 lid 1 van Richtlijn 93/13 ('aanzienlijke verstoring van het evenwicht').

74. R.o. 3.2.3 slot, met verwijzing naar HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374, m.nt. M.R. Mok (*Aziz*). In gelijke zin reeds HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *NJ* 2020/68, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale-Nederlanden*; AOV-polis), r.o. 3.8.2 en 3.8.3.

75. R.o. 3.2.1 slot.

Art. 6:238 lid 2 BW bevat het *transparantievereiste*: in overeenkomsten met consumenten gebruikte algemene voorwaarden moeten steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Een ‘normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument’ fungeert hierbij als maatmens.⁷⁶ Een gebrek aan transparantie wordt niet door het artikel zelf gesanctioneerd, maar, indirect, door 6:233 (aanhef en sub a) BW: het gebrek weegt mee bij de beoordeling van de ‘oneerlijkheid’.⁷⁷ In zware gevallen kan de enkele intransparantie al tot het oordeel voeren dat het beding oneerlijk is. Bij wijzigingsbedingen is, aldus de Hoge Raad, ‘onder meer van bijzonder belang’ of het beding de redenen voor en de wijze van wijziging specificeert.⁷⁸ Naar ’s hofs oordeel schiet het onderzochte beding in dit opzicht tekort: het maakt op geen enkele wijze duidelijk hoe de opslag is vastgesteld en wanneer en hoe deze kan worden gewijzigd. De door de bank tegen dit oordeel aangevoerde klachten falen.⁷⁹

Het is vaste rechtspraak van het Europese Hof, dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om – bijvoorbeeld via een figuur als partiële nietigheid of conversie – de inhoud van oneerlijke bedingen te ‘herzien’.⁸⁰ Was het anders, dan zouden voorwaardengebruikers risicoloos te ver kunnen gaan, waarmee de beoogde afschrikkende werking van de regeling zou worden tenietgedaan. In het verlengde hiervan (en van de transparantie-eis) overweegt de Hoge Raad, dat een onderzocht beding ook niet wordt gered door de mogelijkheid dat naar ons recht een beroep erop onder toezicht staat van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).⁸¹ Wel is het – uiteraard – zo dat het beroep op een niet oneerlijk bevonden beding uiteindelijk nog op de deroegerende redelijkheid en billijkheid kan afstuiten.

De Hoge Raad verwijst de zaak naar een ander gerechtshof, dat, in het licht van het overwogene, opnieuw zal moeten onderzoeken of – alle wegingsfactoren samengenomen – het in de Euribor-hypotheek vervatte wijzigingsbeding door de beugel kan.⁸²

10. Besluit

Met dit opstel is geen uitputtende kroniek beoogd. De Hoge Raad heeft meer belangwekkende contractenrechtelijke uitspraken gedaan, onder andere met betrekking tot het onderscheid tussen uitleg en kwalificatie,⁸³ nadeelopheffing bij dwaling,⁸⁴ de klachtplicht bij bedrog,⁸⁵ een meerpartijenverrekeningsafpraak,⁸⁶ de (objectieve) uitleg van het begrip ‘consument’⁸⁷ en de (niet-)toepasselijkheid van de ontbindingssanctie bij borgtocht.⁸⁸

De oogst omvat enkele stevige arresten, die het zicht op het behandelde leerstuk relevant vergroten en zich daarmee als *leading cases* aandienen. De mogelijkheid voor de feitenrechter om de Hoge Raad prejudiciële vragen voor te leggen heeft aan de rechtsontwikkeling bijgedragen; zeker in dat type procedure is het college geneigd er eens goed voor te gaan zitten. Wij kunnen ons voordeel doen met het resultaat.

76. R.o. 3.4. In het laatste kader besteedt de HR uitvoerig aandacht aan de inpassing van zijn eerdere arrest HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*SEBA/Amsterdam I*; erfpachtvoorwaarden), r.o. 5.1.6.

77. Zie ook r.o. 5.2.2.

78. Zie voor een en ander r.o. 3.4; zie voorts r.o. 5.2.2.

79. R.o. 4.2.3.

80. Aldus o.a. HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banesto*).

81. R.o. 3.5.

82. R.o. 4.1.3.

83. De uitleg gaat aan de kwalificatie vooraf: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43 (*Pacht*).

84. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, NJ 2020/18 (*Maetis*).

85. HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438 (*MBS*). Zie over de klachtplicht (art. 6:89 BW c.q. art. 7:23 BW) ook HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. D.W.F. Verkade (*Nanada c.s./Kooymans c.s.; voortdurende verplichting*) en HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie*; onrechtmatige daad).

86. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, NJ 2020/166, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Meerpartijenverrekeningsafpraak*).

87. Zie, toegespitst op algemene voorwaarden, de prejudiciële beslissing HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68, m.nt. S.D. Lindenberg (*Nationale-Nederlanden*; AOV-polis), waarin ook andere aspecten van het algemenevoorwaardenleerstuk ter tafel liggen.

88. HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, NJ 2019/278, m.nt. Jac. Hijma (*Wave/ABN AMRO*).