



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Focus op nietigheid en algemene voorwaarden

Wissink, M.H.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Wissink, M. H. (2020). Focus op nietigheid en algemene voorwaarden. In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 205-216). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464021>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464021>

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

Focus op nietigheid en algemene voorwaarden

Mark Wissink

Tot de bijzondere aandachtsgebieden in het werk van Jaap Hijma behoren het nulliteitenrecht en het algemenevoorwaardenrecht. Deze gebieden komen samen waar een algemene voorwaarde is vernietigd omdat zij, na een beoordeling van haar inhoud, onredelijk bezwarend is bevonden. Art. 6:233 onder a BW verbindt aan dit oordeel de sanctie vernietigbaarheid. Het nulliteitenrecht regelt onder meer de gevolgen van de vernietiging. Bij algemene consumentenvoorwaarden speelt een extra, Europese dimensie. Het Nederlandse recht dient in overeenstemming met Richtlijn 1993/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten te worden uitgelegd en toegepast. Dit uit zich niet alleen in de, zo nodig door de rechter ambtshalve te verrichten, toets of een algemene voorwaarde ‘oneerlijk’ en daarmee ‘onredelijk bezwarend’ is. Ook de gevolgen van de hieruit voortvloeiende nietigheid worden door de Richtlijn geraakt. Op het terrein van de algemene consumentenvoorwaarden botsen het flexibele Nederlandse nulliteitenrecht en het onbuigzame Europese consumentenrecht.

Het nulliteitenrecht biedt ampel ruimte voor oordelen die een op het geval toegesneden, redelijke uitkomst toelaten. Het kent figuren als partiële nietigheid en conversie (art. 3:41 en 3:42 BW). Als het wat ruimer wordt getrokken, omvat het nulliteitenrecht ook een genuanceerd stelsel van ongedaanmaking (art. 3:53 e.v., 6:203 e.v., 6:278 BW). Nu dient in consumentenzaken behoedzaam gebruik te worden gemaakt van de door het nulliteitenrecht geboden ruimte, omdat dit niet mag werken als een vangnet voor calculerende gebruikers van onevenwichtige algemene voorwaarden. Maar de Richtlijn doet hier nog een schepje bovenop en lijkt nagenoeg alle ruimte uit het systeem te persen.

Deze bijdrage werkt de voorgaande observaties uit aan de hand van een aantal momentopnames – foto’s – van bepaalde juridische ontwikkelingen. Deze momentopnames zijn niet-willekeurig gekozen, indachtig stelling 6 bij het proefschrift van Jaap Hijma: “Als een jurist aangeeft zijn standpunt aan de hand van een willekeurig gekozen voorbeeld te illustreren, is het (weerlegbare) vermoeden gerechtvaardigd dat dit voorbeeld juist met zorg werd gekozen.” Bij elkaar bieden zij hopelijk een impressie, zoals die achterblijft bij wie een fotocollage bekeek. Bij elk beeld wordt steeds één aspect in het bijzonder belicht: wat zegt Hijma ervan, of wat zou hij erover te zeggen hebben?

Foto 1. Nietigheid: een genuanceerd beeld

In zijn in 1988 verschenen proefschrift *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* analyseert Hijma de op dat moment bestaande opvattingen over het verschijnsel ‘nietigheid van rechtswege’ en vraagt hij zich af of de literatuur daadwerkelijk is losgekomen van de gedachte dat een nietige rechtshandeling non-existent is. Hij beschrijft dat het verband tussen nietigheid en rechtsgevolg op twee manieren kan worden ingekleed. In de eerste redenering (‘nietigheid als instrument’) gaat het om de interpretatie van het wettelijk nietigheidsbegrip. Deze interpretatie houdt in dat als de wet een rechtshandeling nietig verklaart, deze niet de ermee beoogde rechtsgevolgen heeft. Hierop worden echter uitzonderingen aangenomen in het licht van de ratio van de betrokken rechtsregel: door te werken met relatieve nietigheid, gedeeltelijke nietigheid, conversie en bekrachtiging, kunnen bepaalde rechtsgevolgen toch bestaan. Het gebruik van deze uitzonderingen leidt volgens Hijma tot het tweede nietigheidsbegrip. In de tweede redenering (‘nietigheid als beschrijving-achteraf’) is nietigheid een weergave van de conclusie die naar aanleiding van het ratio-onderzoek is getrokken. Blijkt, na dit onderzoek, de rechtshandeling geen gevolgen te hebben, dan is zij blijkbaar nietig. Heeft zij wel bepaalde gevolgen, dan komt zij in zoverre niet voor de kwalificatie ‘nietig’ in aanmerking. Na deze uiteenzetting volgt een typische Hijma-zin:¹

‘Bezieet men de literatuur, dan komt een vreemde verstrengeling aan het licht: de nietigheid wordt nu eens in de ene, dan weer in de andere zin gebezigd, zonder dat men precies in het oog houdt om welke variant het gaat.’

In zijn verdere bespreking van nietigheid van rechtswege wordt dit punt veralgemeeneerd. Voor de reikwijdte van de nietigheid behoort steeds de ratio van de betrokken rechtsregel beslissend te zijn, dus niet slechts bij toepassing van de genoemde mechanismes als relatieve nietigheid etc. Teneinde het ratio-onderzoek zuiver en zinvol te doen zijn, moet het zich losmaken van de gedachte dat het onderzoek ertoe strekt te bepalen of wellicht toch rechtsgevolgen *zullen intreden*; het onderzoek heeft volgens Hijma juist ten doel vast te stellen in hoeverre de normale rechtsgevolgen *achterwege hebben te blijven*.² De rechtshandeling is slechts nietig voor zover zij, met het oog op het algemeen belang, haar normaliter intredende rechtsgevolgen ontbeert.³ Deze benadering heeft onvermijdelijk ook gevolgen voor de manier waarop wordt gekeken naar de verhouding tussen nietigheid en ongedaanmaking. Hijma bestrijdt de gedachte dat een nietige rechtshandeling steeds leidt tot ongedaanmaking van reeds verrichte prestaties. Het principe dat de nietigheid niet verder mag gaan dan met de strekking van de betrokken rechtsregel in overeenstemming is, kan meebrengen dat voor ongedaanmaking geen aanleiding bestaat.⁴

¹ *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 61-62.

² Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 75 en 77.

³ Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 110.

⁴ Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 78-80.

Foto 2. Nietigheid: gratis mobieltjes I

In 2014 en 2016 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord over telefoonabonnementen met als ‘gratis’ aangeprezen mobiele telefoons. In 2014 oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat een telefoonabonnement inclusief ‘gratis’ toestel voor wat betreft het toestel in beginsel is aan te merken als (onder meer) een kredietovereenkomst. De consument kan de kredietovereenkomst vernietigen wegens strijd met de daarvoor geldende wettelijke bepalingen, zoals de verplichte vermelding van het kredietbedrag. Indien aan de voorwaarden van art. 3:41 BW is voldaan, kan de abonnementsovereenkomst in stand blijven voor zover deze betrekking heeft op de door de consument te benutten telecommunicatiediensten van de aanbieder.⁵

Annotator Hijma kan zich hierin vinden. De beklemtoning van art. 3:41 BW kan er volgens hem op duiden, dat de Raad de restgeldigheid van het dienstengedeelte van de overeenkomst in de regel op haar plaats acht. Dat lijkt Hijma inderdaad verkieslijk: “Zij bewerkstelligt dat ook deze nulliteit niet verder ingrijpt dan door haar strekking wordt gerechtvaardigd”. Hijma signaleert ook dat een eventuele vernietiging vervolgvragen doet rijzen op het vlak van de ongedaanmaking.⁶

Foto 3. Nietigheid: gratis mobieltjes II

De vervolgvragen over ongedaanmaking zijn door de Hoge Raad beantwoord in zijn arrest uit 2016. De Hoge Raad overweegt, onder meer, dat het niet afzonderlijk vermelden van de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon kan leiden tot vernietiging van de kredietovereenkomst en dat de rechter dit – gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de aan deze bepaling ten grondslag liggende Richtlijn consumentenkrediet – ambtshalve dient te beoordelen.⁷ Ten aanzien van de gevolgen van de vernietiging van de overeenkomst voor het toestelgedeelte concludeert de Hoge Raad dat de consument, gezien art. 6:203 en 6:204 BW, in beginsel mag volstaan met teruggave van het toestel in de staat waarin dit zich op het moment van de teruggave bevindt, zonder dat hij verplicht is tot vergoeding van de waardevermindering. Als de consument de telefoon niet meer kan teruggeven, dan moet hij de naar dat moment te waarderende waarde ervan vergoeden. Hiertegenover moet de aanbieder het door de consument voor de telefoon betaalde deel van de abonnementsprijs terugbetalen. De consument is verder niet gehouden om, bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking

⁵ HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Gratis mobieltje I*), rov. 3.5.2 en 3.6.

⁶ Jac. Hijma, NJ 2015/477, sub 13.

⁷ HR12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Gratis mobieltje II*), rov. 3.7.3 en 3.9.

(art. 6:212 BW), daarnaast ook een vergoeding te betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad.⁸

Hijma is in zijn noot met name kritisch over dit laatste aspect. Tegenover de belangen van de consument mag het belang van de aanbieder bij verzachting van (de consequenties van) de ongeldigheid fors heten, en dat aldus Hijma, terwijl de door hem begane overtreding van een licht kaliber is. Een ‘normale’ beoordeling zou volgens Hijma alras resulteren in het gevoel dat een zekere gebruiksvergoeding redelijk mag heten. Waarom komt het oordeel dan anders uit? Dat heeft te maken met de eisen die het Europese consumentenrecht stelt. Beeldend wordt beschreven hoe de nationale mogelijkheid om tot een genuanceerd resultaat te komen, overboord wordt gegooid:⁹

‘Dat de Hoge Raad het anders ziet, lijkt terug te voeren op – wat ik maar even noem – een stoomwalseffect: het gegeven dat een Europese consumentenbeschermingsregel is overtreden, weegt dermate zwaar, dat het reguliere tegengewichten en relativeringen verpulvert en op een welhaast ongeremde sanctionering afkoerst.’

Foto 4. Nietigheid: flexibele ongedaanmakingsverbintenissen I

Waar de strenge koers van de Hoge Raad (en zijn AG)¹⁰ in het tweede arrest over de gratis mobieltjes op stevige kritiek van Hijma kon rekenen, wordt hij – vermoed ik – op zijn wenken bediend in de rentederivaten-arresten van de Hoge Raad uit 2019.¹¹ Het prejudiciële arrest van 28 juni 2019 levert een nieuw standaardarrest over dwaling en ongedaanmaking op.

Bij een renteswapovereenkomst betaalt de bank gedurende zekere tijd een over een bepaalde som berekend bedrag aan variabele rente aan haar wederpartij, en betaalt de wederpartij daartegenover aan de bank een gedurende die periode over dat bedrag berekende vaste rente. De wederpartij van de bank is in de regel een MKB-ondernemer die met deze renteruil het risico wil afdekken van de variabele rente die hij aan de bank moet betalen over het bedrag van een aan hem door de bank verleend krediet. Doordat de variabele rente vanaf het begin van deze eeuw langdurig is gedaald, blijken deze swapovereenkomsten voor veel ondernemers financieel negatief uit te pakken. Een aantal van hen beroept zich op dwaling, stellende dat de swapovereenkomst voor hen relevante kenmerken bezat die de

⁸ Rov. 3.15.1-3.15.3 en 3.16.

⁹ Jac. Hijma, *NJ* 2017/282, sub 20.

¹⁰ Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2015:2658, voor HR 12 februari 2016, *NJ* 2017/282, m.nt. J. Hijma (*Gratis mobieltje II*), onder 7.23-7.25.

¹¹ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786, *JOR* 2019/223, m.nt. F.P.C. Strijbos (*rentederivaat ABN AMRO I*); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *RvdW* 2019/1014, *JOR* 2019/252, m.nt. F.P.C. Strijbos (*rentederivaat ABN AMRO II*); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *RvdW* 2019/1015, *JOR* 2019/253, m.nt. F.P.C. Strijbos (*rentederivaat ING*).

bank niet aan hen heeft medegedeeld, zoals het risico om een negatieve waarde van de swap aan de bank te moeten betalen bij voortijdige beëindiging van de swap. De Hoge Raad bespreekt eerst de vereisten voor vernietiging van een rente-swapovereenkomst wegens dwaling door de ondernemer. Daarna gaat de Hoge Raad gedetailleerd in op de gevolgen van een vernietiging van de swapovereenkomst op grond van dwaling voor de ongedaanmakingsverplichtingen van de bank en de ondernemer. De simpele oplossing ligt met een blik op art. 6:203 BW voor de hand: de bank betaalt terug wat door de ondernemer aan de bank is betaald (alle aan vaste rente betaalde bedragen) en de ondernemer betaalt terug wat door de bank aan de ondernemer is betaald (alle aan variabele rente betaalde bedragen). Na verrekening leidt deze simpele oplossing ertoe dat de bank een bepaald restbedrag aan de ondernemer verschuldigd is. Maar zo simpel ligt de zaak niet, want “algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen zal in zaken waarin sprake is van dwaling bij rentederivaten tot onevenwichtige resultaten kunnen leiden”, immers dit levert de ondernemer “in veel gevallen het voordeel op dat hij zich achteraf kan onttrekken aan de voor hem, gegeven de renteswap, ongunstige marktontwikkelingen”. De Hoge Raad zet vervolgens uiteen dat de simpele oplossing aan de hand van art. 6:203 BW alleen in aanmerking komt als is gedwaald over de afdekking van het renterisico als zodanig, of over de omvang waarin het renterisico moest worden of werd afgedekt. Maar als de dwaling een ander aspect betrof (zoals het genoemde risico van een negatieve waarde van de swap), “dient te worden onderzocht voor welke wijze van afdekking van het renterisico de cliënt zou hebben gekozen indien van dwaling geen sprake zou zijn geweest. De cliënt dient vervolgens in de positie te worden gebracht alsof hij die keuze zou hebben gemaakt. De wederzijdse ongedaanmakings-verplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht.” Onder verwijzing naar art. 3:53 lid 2, 3:54 lid 2, 6:210, 6:228 lid 2, 6:230 en 6:278 BW zet de Raad uiteen hoe dit moet worden bereikt.¹²

Kort daarna overweegt de Hoge Raad in een ander arrest dat “de in geval van vernietiging toepasselijke afdeling omtrent onverschuldigde betaling in Boek 6 BW ertoe strekt de wederzijdse verplichtingen tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald, toe te snijden op de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval.”¹³

Foto 5. Nietigheid: flexibele ongedaanmakingsverbintenissen II

Deze rechtspraak toont aan dat het Nederlandse ongedaanmakingsrecht flexibel kan worden toegepast, waarbij rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval en met als inzet het voorkómen van ongerechtvaardigde resultaten. Men ziet de parallel met de gedachte in het proefschrift van Hijma, dat de gevolgen

¹² HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786, *JOR* 2019/223, m.nt. F.P.C. Strijbos (*rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.6.6-3.6.12.

¹³ HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213 (*pals c.v.*), rov. 3.2.1.

van de nietigheid van een overeenkomst zich niet automatisch hoeven te vertalen in een wederzijdse ongedaanmaking. Deze rechtspraak past naadloos in de positieve balans van 25 jaar nulliteitenrecht naar nieuw BW die Hijma in 2017 al opmaakte:¹⁴

‘De wetgever verdient lof voor het feit dat hij heeft gekozen voor een modern nulliteitenrecht, waarin non-existentiegedachten naar de historie zijn verbannen. Het - overtuigende - Leitmotiv dat nietigheden en vernietigbaarheden niet verder mogen ingrijpen dan hun ratio rechtvaardigt, blijkt aan de Hoge Raad welbesteed.’

De reden voor de flexibele toepassing van het ongedaanmakingsrecht is in de rentederivaatzaken niet de door Hijma in zijn proefschrift besproken ratio van een overtreden rechtsregel. De rechtvaardiging voor deze flexibele toepassing, die in de rentederivaatzaken is gelegen in de wens om ongerechtvaardigde resultaten te voorkómen, sluit wel aan bij die gedachte. Steeds gaat het erom de rechtsgevolgen van de nietigheid af te stemmen op de omstandigheden van het geval. In de rentederivaatzaken heeft de Hoge Raad bevestigd dat nadeel aan de zijde van de dwalende geen vereiste is voor een geslaagd beroep op dwaling. De flexibele benadering van de ongedaanmakingsverbintenissen in die zaken is echter gericht op het ongedaan maken van het nadeel dat de dwalende heeft geleden door het aangaan van de renteswap en vertoont in haar uitwerking overeenkomsten met schadebegroting. De dwaling rechtvaardigt de vernietiging van de overeenkomst, maar de gevolgen van de nietigheid moeten niet verder ingrijpen dan nodig is om het nadeel van de dwalende te compenseren.

Foto 6. Algemene voorwaarden: een nieuwe regeling in het BW

De blik wordt nu gewend naar het terrein van de algemene voorwaarden. In de eerste druk van zijn monografie *Algemene voorwaarden* uit 1997 beschreef Hijma het stelsel van de nieuwe afdeling 6.5.3 BW. Daarin besteedt hij onder meer aandacht aan door deze afdeling geïntroduceerde noviteit: de inhoudstoets van art. 6:233 onder a BW.

De introductie in het Nieuwe BW van afdeling 6.5.3 viel in de tijd min of meer samen met de komst van Richtlijn 1993/13 over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Gezegd kan worden dat de richtlijn een beetje wegviel in de schaduw van het licht dat in de literatuur op afd. 6.5.3 BW werd gericht. Qua strekking en systematiek vertonen richtlijn en BW veel overeenkomsten: zij zijn gericht op bescherming van de zwakkere wederpartij en bevatten een open norm voor de inhoudstoets van consumentenvoorwaarden en een aanvullend lijststelsel met min of meer verdachte bedingen. De wetgever oordeelde destijds dat het Burgerlijk Wetboek geen aanpassing behoefde, aangezien de door de Richtlijn verlangde consumentenbescherming reeds door het nieuwe BW werd geboden. Enkele resterende plooien zouden kunnen worden gladgestreken door de rechter

¹⁴ ‘Nieuw nulliteitenrecht’, *WPNR* 2017/7133, par. 14.

door middel van richtlijnconforme interpretatie.¹⁵ Veel meer was er over de Richtlijn niet te zeggen. Hoe zij volgens de rechtspraak van het HvJ EU zou moeten worden opgevat, was destijds nog onbekend. De monografie van Hijma vermeldde één uitspraak van het HvJ EU over richtlijnconforme interpretatie.

Foto 7. Algemene voorwaarden: Europese invloeden

Zo'n twintig jaar later is de meest recente vierde druk van *Algemene voorwaarden* uit 2016 uiteraard aangepast aan de ontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan. Het register vermeldt 29 arresten van het HvJ EU. Het boek behandelt onder meer de uitleg contra proferentem, de oneerlijkheidstoets van de Richtlijn, de lijst bij de Richtlijn, en de ambtshalve toetsing van oneerlijke consumentenbedingen. Hijma beschrijft dit alles op zakelijke toon, maar een kwalificatie als “de aan ambtshalve toetsing ten grondslag liggende wens tot een granieten bescherming van de structureel zwakkere partij”¹⁶ doet vermoeden dat niet alles volledig naar zijn juridische smaak is.

De rechtspraak van het HvJ EU heeft dan inmiddels duidelijk gemaakt dat de rechter in verband met de afschrikkende werking van de Richtlijn een oneerlijk beding niet mag ‘matigen’ of ‘herzien’.¹⁷ Nu heeft Hijma vanaf de eerste druk van *Algemene voorwaarden* laten blijken dat conversie (of, als deel daarvan, reductie)¹⁸ van een algemene voorwaarde naar zijn mening niet per definitie behoort af te stuiten op het beleidsmatige argument dat de gebruiker niet risicoloos mag overvragen (het preventieargument). Hij benadert ook deze kwestie, uiteraard, genuanceerd:¹⁹

‘Het preventie-argument is belangrijk, maar mag niet worden verabsoluteerd. Een onderscheid tussen gevallen van (kennelijk) bewust overvragen enerzijds, en gevallen waarin over de redelijkheid van de opgestelde voorwaarde redelijke twijfel kan bestaan anderzijds, is op zijn plaats.’

¹⁵ Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Kluwer 1997, nr. 8. Vgl. ook Jac. Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 3), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 231 (“Voor ons land mag de richtlijn dan ook weinig schokkend worden genoemd.”).

¹⁶ Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 44b.

¹⁷ HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banesto*); HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*).

¹⁸ Vgl. ‘Gezichtspunten bij nietigheid’, *WPNR* 2014/7034; ‘Conversie en reductie’, *WPNR* 2015/7054; ‘The concept of nullity’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion* (BW Krant Jaarboek nr. 30), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 31.

¹⁹ *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016, nr. 46.

Hijma maakt deze opmerking in de vierde druk van *Algemene voorwaarden* alleen nog voor het terrein dat niet wordt bestreken door de Richtlijn oneerlijke bedingen. Hij constateert dan ook in de vierde druk van zijn *Algemene voorwaarden* dat op het door Richtlijn 93/13/EEG bestreken terrein geen ruimte bestaat voor conversie of andersoortige reductietechniek.²⁰

Foto 8. Nietigheid en consumentenvoorwaarden: een ongenueanceerd beeld?

Het HvJ EU is streng over de gevolgen van het oordeel dat een beding in algemene consumentenvoorwaarden oneerlijk is.²¹ De overeenkomst waarop deze voorwaarden van toepassing zijn, moet in beginsel, zonder andere wijzigingen dan de schrapping van het oneerlijke beding, voortbestaan voor zover volgens de regels van nationaal recht dat voortbestaan van de overeenkomst rechtens mogelijk is.²² Nuanceren van de rechtsgevolgen van het (ver)nietig(d)e beding is niet mogelijk, behoudens één tot nu toe door het HvJ EU erkende uitzondering. Dat is het geval dat de nietigheid van het oneerlijke beding de gehele overeenkomst in haar val meesleept en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad.²³ De rechtspraak van het HvJ EU biedt vooralsnog geen ruimte voor een benadering waarin, zo nodig, de gevolgen van de vernietiging worden genuanceerd op een wijze die rekening houdt met zowel de belangen van de consument als de belangen van de gebruiker van de voorwaarden. Het Nederlandse nulliteitenrecht zou op zichzelf voor een dergelijke benadering ruimte laten, omdat hierin de concrete gevolgen van de nietigheid van het beding voor partijen een rol kunnen spelen. Hoewel niet in alle gevallen behoefte zal bestaan aan toepassing van dit 'microperspectief', kan daarop, zo nodig, worden teruggevallen. In het Unierecht is dit voor wat betreft de Richtlijn oneerlijke bedingen anders. Het macro-perspectief van een effectieve consumentenbescherming, inclusief de voor gebruikers van algemene voorwaarden afschrikwekkende werking die uitgaat van een loutere niet-toepasselijkheid van

²⁰ *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016, nr. 44b. Vgl. ook Hijma e.a., (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst* 2019, nr. 255a.

²¹ Deze alinea is een bewerkte en geactualiseerde versie van een passage in mijn bijdrage 'Onroerend goed en algemene voorwaarden: de betekenis van Richtlijn 1993/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten' in *WPNR* 2018/7179.

²² Zie onder meer HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:207, *NJ* 2020/5, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Dunai*), punt 51; HvJ EU 26 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:250, *NJ* 2020/6, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Abanca Corporación Bancaria*), punt 60; HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 39 e.v.

²³ Zie HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:207, *NJ* 2020/5, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Dunai*), punt 54; HvJ EU 26 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:250, *NJ* 2020/6, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Abanca Corporación Bancaria*), punt 56 e.v.; HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 48.

oneerlijke bedingen, bepaalt het beeld. Een richtlijnconforme toepassing van het intern Nederlandse nulliteitenrecht vereist in deze gevallen dat het door de Richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt. Nu het Nederlandse nulliteitenrecht flexibel is, zal een richtlijnconform resultaat in de regel wel haalbaar zijn. Maar de vraag is of deze verstrengeling van Unierecht en intern Nederlands recht daadwerkelijk alle spanning wegneemt, die volgt uit de verschillen tussen de hiervoor genoemde micro- en macroperspectieven.

Foto 9. Nietigheid en consumentenvoorwaarden: een aan de randen wazig beeld

Die spanning lijkt zich te vertalen in een zoektocht naar de precieze reikwijdte van de rechtspraak van het HvJ EU. Deze is nog niet volledig opgehelderd. Het beeld is daarom aan de randen wat wazig, alsof er iets bewoog toen de opname werd gemaakt. Ik probeer het beeld weer te geven in een zes punten.

(1) *Herzien*. Duidelijk is dat de rechter een beding niet mag 'herzien'. Daarom zijn matiging (art. 6:94 BW) of conversie (art. 3:42 BW) niet toegestaan.²⁴ De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat eveneens met de richtlijn onverenigbaar is dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁵

(2) *Aanvullen*. Mag de nationale rechter, na schrapping van een oneerlijk beding, de overeenkomst aanvullen met een nationale bepaling van aanvullend recht zonder dat sprake is van 'herziening'? Is er een verschil tussen het herzien van een oneerlijk beding en het toepassen van aanvullend recht in plaats van het vernietigde oneerlijke beding?

De Hoge Raad heeft in 2017 geoordeeld dat een beding over een rentevergoeding bij vervroegde beëindiging van een effectenlease-overeenkomst wegens tekortschieten van de consument-kredietnemer oneerlijk is, maar dat de aanbieder van het effectenleaseproduct dan nog wel schadevergoeding op de voet van art. 6:277 BW kan vorderen.²⁶ De Hoge Raad was kennelijk van oordeel dat dit strookt met de rechtspraak van het HvJ EU. Een Guidance-document van de Europese Commissie over de Richtlijn geeft hiervoor enig houvast.²⁷ Twee

²⁴ HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:936 (*Kanyabe*), punt 74; HvJ EU 26 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:250, *NJ* 2020/6, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Abanca Corporación Bancaria*), punt 55.

²⁵ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *AA* 2020/2, m.nt. D. Busch, *JOR* 2020/36, m.nt. H. Scholten (*ABN AMRO/SDB en Euribar*), rov. 3.5.

²⁶ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2017/164, m.nt. C.W.M. Lieveerse (*T.Dexia*).

²⁷ C(2019)5325 final, par. 4.3.3. Vgl. ook R.H.C. Jongeneel, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 359-360; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2018, nrs. 443-445d.

hoven hebben hierover inmiddels vragen gesteld aan het HvJ EU die medio april 2020 nog niet beantwoord waren.²⁸

Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt ook hier van een zeer terughoudende benadering. De mogelijkheid van vervanging van het geschrapte beding door aanvullend recht is m.i. door het HvJ EU in zijn rechtspraak tot nu toe beperkt tot het hiervoor al genoemde uitzonderingsgeval dat de nietigheid van het oneerlijke beding de gehele overeenkomst in haar val meesleept en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad. De mogelijke toepassing van aanvullend recht is in dat geval nog weer verder beperkt tot vervanging van het beding door een door de wetgever vastgestelde wetsbepaling, maar omvat niet een rechterlijke invulling van een open norm.²⁹ De wetgever kan in een bepaling van aanvullend recht namelijk een evenwicht tussen de belangen van partijen tot uitdrukking brengen, die door de Richtlijn (vgl. art.1 lid 2) wordt gerespecteerd. Aan de nationale rechter wordt kennelijk door het HvJ EU niet de taak toevertrouwd om, na schrapping van een oneerlijk beding, in een concreet geval aan de hand van bijvoorbeeld de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een evenwicht te vinden tussen de belangen van partijen.

Verder kan gewezen worden op de Belgische zaak *Kanyabe*. De verwijzende rechter wees in zijn vraagstelling expliciet op de kritiek in de Belgische rechtsleer dat de rechtspraak van het HvJ EU geen ruimte voor nuancering zou laten. Het HvJ EU overweegt echter dat de Richtlijn zich ertegen verzet (behoudens in het hiervoor genoemde uitzonderingsgeval) dat de rechter een oneerlijk boetebeding matigt of dat beding op grond van beginselen van zijn overeenkomstenrecht vervangt door een nationale bepaling van aanvullend recht.³⁰

- (3) *Ten gunste van de consument?* Gezien de ratio voor de strenge koers van het HvJ EU zou toepassing van aanvullend recht in het voordeel van de consument niet op bezwaren moeten stuiten. Zo zou bijvoorbeeld de consument betaling op grond van art. 6:262 BW moeten kunnen opschorten als de wederpartij niet nakomt, nadat een beding dat de consument dit opschortingsrecht onthoudt, is vernietigd. De consument wordt daarmee hersteld in de rechten die het beding hem ten onrechte afnam.³¹

- (4) *Samenloop.* Om dezelfde reden ligt voor de hand dat toepassing van (semi) dwingend recht in het voordeel van de consument, bijvoorbeeld art. 7:6 BW bij consumentenkoop, niet op aan de Richtlijn ontleende bezwaren kan stuiten.³²

²⁸ Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:657, en Hof Den Haag 2 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:630 (bij het HvJ EU C-229/19 en C-289/19).

²⁹ HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819 (*Dziubak*), punt 60-62.

³⁰ HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:936 (*Kanyabe*), punten 27 en 74.

³¹ Vgl. Loos, *Algemene voorwaarden* 2018/190 en 261.

³² Vgl. bijvoorbeeld Asser/Hijma 7-I 2019/142.

Onduidelijk is of dit ook opgaat voor de toepassing van (semi) dwingend recht in het nadeel van de consument.³³ Over de samenloop tussen bepalingen van nationaal recht die uitvoering geven aan de Richtlijn en andere bepalingen is het laatste woord nog niet gezegd.³⁴

- (5) *Uitleg en oneerlijkheid*. De hiervoor genoemde complicaties spelen overigens alleen indien een beding in algemene consumentenvoorwaarden als oneerlijk is aangemerkt. In sommige gevallen ligt dat oordeel voor de hand, in andere minder. Hier kan een rol spelen hoe het beding wordt uitgelegd. Een tamelijk kras voorbeeld daarvan is de zaak waarin de Hoge Raad een polisbepaling in algemene verzekeringsvoorwaarden eerst contra proferentem uitlegt en vervolgens oordeelt dat het aldus uitgelegde beding per saldo niet oneerlijk is.³⁵
- (6) *'Herziening' van een eerlijk beding*. Indien het beding de toets der kritiek kan doorstaan en niet oneerlijk is, dan valt het logischerwijs buiten het bereik van de rechtspraak van het HvJ EU over de gevolgen van een oneerlijk beding. Dan verzet het Unierecht zich er niet tegen dat het beding wordt 'herzien'. Een eerlijk boetebeding kan daarom worden gematigd (art. 6:94 BW). Een beroep op een eerlijk beding kan in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (geheel of gedeeltelijk)³⁶ onaanvaardbaar zijn.³⁷ Dit laatste is juridisch-technisch mogelijk, omdat de toets of een beding oneerlijk/onredelijk bezwarend is, verschilt van de toets aan art. 6:248 lid 2 BW.³⁸ In de praktijk zal het onderscheid wellicht soms minder duidelijk zijn.

33 Wissink, *WPNR* 2018/7179, p. 76; Loos, *Algemene voorwaarden* 2018/445e; C.M.D.S. Pavillon, 'Op de blaren zitten? Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties', *TvCH* 2018, p. 2 e.v.; S.T. Kalisvaart & S.N. Wiersma, 'Verslag van het symposium 'Sancties in het consumentenrecht. Effectief, proportioneel én afschrikwekkend'', *TvCH* 2020, p. 267.

34 Vgl. HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:936 (*Kanyabe*), punt 72.

35 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *NJ* 2020/68, m.nt. S.D. Lindenberg, *AA* 2020/01, m.nt. W.H. van Boom, *JA* 2018/176, m.nt. E.J. Wervelman.

36 HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal & Sun Alliance/Polygram*).

37 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *AA* 2020/02, m.nt. D. Busch, *JOR* 2020/36, m.nt. H. Scholten (*ABN AMRO/SDB en Euribar*), rov. 3.5.

38 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *AA* 2020/02, m.nt. D. Busch, *JOR* 2020/36, m.nt. H. Scholten (*ABN AMRO/SDB en Euribar*), rov. 3.2.1, met verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 35.1.

Foto 10. Nietigheid en algemene voorwaarden: slot

Al met al lijkt het in ander verband door Hijma genoemde ‘stoomwalseffect’ van een Europese consumentenbeschermingsregel inmiddels ook wel enigszins te passen bij het effect van Richtlijn 1993/13 op het Nederlandse recht, althans voor zover de rechtspraak van het HvJ EU de nationale rechter nagenoeg geen ruimte biedt om enige flexibiliteit te betrachten bij het bepalen van de gevolgen van een geconstateerde oneerlijkheid van een beding. Deze rechtspraak geeft het primaat aan een ‘granieten consumentenbescherming’. Daarvoor kunnen goede redenen bestaan, maar het leidt momenteel tot een zekere spanning met de soms bestaande behoefte aan civielrechtelijk maatwerk. De toekomst zal uitwijzen in welke richting deze spanning een uitweg zal vinden. In ieder geval resteert deze constatering. De rechtspraak van het HvJ EU over de gevolgen van een oneerlijk beding sluit niet volledig uit dat een dergelijk beding toch enige werking heeft, al lijkt dit alleen op te gaan binnen de enge grenzen van de tot nu toe in de rechtspraak van dit hof toegelaten uitzondering. Vertaald naar het Nederlandse nulliteitenrecht zou daarom kunnen worden gezegd, dat het oneerlijke beding niet non-existent is.