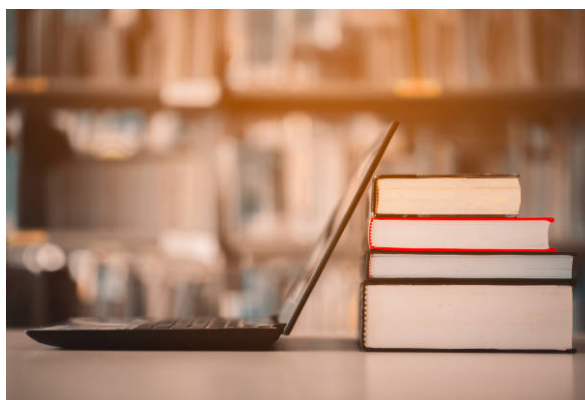


# Algemene bepalingen en consumenten

*Meebewegen met de rechtspraak van het HvJEU  
over de Richtlijn oneerlijke bedingen*

M.H. Wissink

## Hoe zit het ook al weer?



## Richtlijn 93/13 heeft impact op huurvoorwaarden

### *HvJEU*

huur van woonruimte door professionele verhuurder ('verkoper') aan bewoner ('consument') valt onder Richtlijn 93/13

(ambtshalve) toets of beding in algemene huurvoorwaarden oneerlijk is

oneerlijk beding bindt de consument-huurder niet

ECLI:EU:C:2013:341 *Asbeek Brusse*

### *HR*

richtlijnconforme uitleg en toepassing NL recht

rechter moet (ambtshalve) toetsen of beding valt onder RI  
toetsen of beding oneerlijk is  
oneerlijk beding vernietigen  
6:233 onder a BW

ECLI:NL:HR:2013:691

*Heesackers/Voets*

ECLI:NL:HR:2016:340

*Ebecek/Trudo*

ECLI:NL:HR:2019:1830 *Euribor*

### boetebedingen

onderhuur, zelfbewoning, drugs  
Van der Hoek WR 2014/55 2018/83  
Schelhaas & Schelhaas ORP 2021/6

winstafdrachtbedingen  
onderhuur

bewijsbedingen  
zelfbewoning

vertragsrentebedingen  
huurbetaling

huurprijswijzigingsbedingen  
Loos NJB 2022/182; Jongeneel NJB  
2022/802

De Waal, GS Huurrecht, Thematisch  
commentaar Huur en  
consumentenbescherming  
Rapport Ambtshalve toetsing III

# Ontwikkeling oneerlijkheidstoets

## (1) Toetsing beding *ex tunc*

- bij beoordeling beding uitsluitend uitgaan van de datum waarop de betrokken overeenkomst is gesloten en aan de hand van alle omstandigheden rond die sluiting beoordelen **of dat beding op zich een verstoring van het evenwicht** tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten gunste van de verkoper **in zich droeg - ook al zou deze verstoring zich alleen onder bepaalde omstandigheden kunnen voordoen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consument**. ECLI:EU:C:2021:68 *Dexia NL* (na ECLI:NL:HR:2017:773 *Dexia*)

## (2) Cumulatieve toets

- verwante bedingen meewegen (ook als die niet worden ingeroepen)
- ECLI:EU:C:2016:283 *Radlinger*, ECLI:EU:C:2020:687 *Woningstichting A*

## (3) Stevig transparantievereiste als deel oneerlijkheidstoets

- ECLI:EU:C:2014:282 *Kásler*

## Kritische(r) beoordeling van consumentenvoorwaarden

- Verschil tussen inhoudstoets en toepassing beperkende werking R&B
  - 6:248 lid 2: toetsing van *beroep* op beding in concrete geval *ex nunc*
  - houdt dus rekening met omstandigheden na contractsluiting en met concrete omstandigheden waaronder beding wordt ingeroepen
  - ECLI:NL:HR:2021:1923 *Martin Garrix*
- Oneerlijkheidstoets geldt onverkort voor ‘oude’ bedingen
  - 6:233 BW m.i.v. 1-1-1993; RI 93/13 m.i.v. 1-1-1995
  - dat – met name bij duurovereenkomsten – in verleden overeengekomen algemene voorwaarden onvoldoende inspelen op ontwikkelingen in rechtspraak, is voor risico gebruiker
  - ECLI:NL:HR:2019:1830 *Euribor*: niet relevant wijze waarop wijzigingsbedingen traditioneel in Nederland werden beoordeeld

## Gevolgen oneerlijkheid



## Gevolgen oneerlijkheid

1. Overeenkomst moet in beginsel, zonder andere wijzigingen dan schrapping van het oneerlijke beding, voortbestaan (tenzij consument-huurder geen vernietiging beding wil en afziet van bescherming)
2. Herzieningsverbod: niet sleutelen aan het beding
  - een relevant deel van het beding negeren waardoor de inhoud wijzigt ECLI:EU:C:2019:250 *Abanca*; ECLI:EU:C:2021:341 *X Bank*
  - oneerlijk boetebeding redden door matiging 6:94 BW *Asbeek Brusse*
  - oneerlijk beding redden door toepassing 6:248 lid 2 BW of abbb *Euribor*
3. Niet terugvallen op aanvullend recht

dus ook niet  
sleutelen met  
dwingend  
nationaal recht

## Niet terugvallen op aanvullend recht

- Kásler-uitzondering: het is wel mogelijk om beding te vervangen door nationale bepaling van aanvullend recht, in gevallen waarin de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst (i) **in haar geheel nietig** te verklaren en (ii) de **consument** daardoor geconfronteerd zou worden met **uiterst nadelige consequenties** (tenzij consument dit niet wil) *Kásler*
- Dus bijvoorbeeld niet bij beding dat Dexia bij tekortschieten recht geeft op toekomstige termijnen, contant gemaakt tegen 5%. Want effectenlease-overeenkomst kan voortbestaan zonder dergelijk beding. Met als gevolg: **verkoper kan geen aanspraak maken op de in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde wettelijke schadevergoeding die zonder dat beding van toepassing zou zijn geweest** (6:74 jo. 6:277 BW) *Dexia NL*



## Een nadere beperking van de *Kásler*-uitzondering

- Rechter mag niet leemten in een overeenkomst na schrapping oneerlijk beding verhelpen op de enkele basis van **nationale open normen**, volgens welke de in een rechtshandeling tot uitdrukking gebrachte gevolgen met name worden aangevuld door de gevolgen die voortvloeien uit **het billijkheidsbeginsel of uit de gangbare praktijken**, en die geen bepalingen van aanvullend recht zijn ECLI:EU:C:2019:819 *Dziubak*
- Als geen aanvullende wet? Rechter kan partijen opdragen te onderhandelen over een nieuw beding binnen door rechter bepaald kader ECLI:EU:C:2020:954 *Banca B*

## Waarom deze koers?

1. Rechter moet bij vaststelling gevolgen oneerlijk beding (i) evenwicht tussen pp herstellen en (ii) verzekeren dat gebruiker wordt afgeschrikt om dergelijke bedingen op te nemen  
*Banca B*
2. Als gebruiker kan terugvallen op aanvullend recht, komt langetermijndoel RI 93/13 (bestrijden oneerlijke bedingen) in gevaar omdat gebruiker **geen risico** loopt *Dexia NL*
3. Daarom alleen bij uitzondering overeenkomst aanvullen t.b.v. consument *Kásler*
4. Aanvullen met wet, want wettelijke bepaling veronderstelt oordeel wetgever over contractuele evenwicht *Dziubak*
5. En “bevoegdheden van de rechter [mogen] niet verder (...) gaan dan (...) strikt noodzakelijk is om het contractuele evenwicht (...) te herstellen (...). Indien de rechter bevoegd was de inhoud van oneerlijke bedingen **naar eigen goeddunken te wijzigen of te matigen**, zou dit immers de verwezenlijking van [de] doelstellingen in gevaar brengen.”  
*Banca B*

## Vaste rechtspraak

- Deze lijn is bevestig in tal van uitspraken, waaronder Grote Kamer-zaken ECLI:EU:C:2020:138 (GK) *Bankia*

Afwijkend? ECLI:EU:C:2020:578 *Caixa*: “dat het feit dat een oneerlijk bevonden contractueel beding [dat consument belast met de hypothecaire vestigings- en doorhalings-kosten] wordt geacht nooit te hebben bestaan, rechtvaardigt dat er eventueel bepalingen van nationaal recht worden toegepast die de verdeling van de hypothecaire vestigings- en doorhalingskosten regelen ingeval partijen het daarover oneens zijn.”

# Kritiek



1. Sanctie – beding nietig *en* geen beroep op aanvullend recht – proportioneel?
  - Pavillon & Spanjaard NJB 2021/1392; Jongeneel NJB 2021/1393 (straffeloze wanprestatie); Loos NJ 2021/326; Schelhaas & Spanjaard MVV 2021/4 (bikkelharde sanctie die maatwerk in de weg staat)
2. Geen vertrouwen in rechter die open norm ‘naar eigen goeddunken’ toepast?

## Wordt de soep zo heet gegeten?



- BGH 8 oktober 2021 XI ZR 234/20
  - Oneerlijk beding: “Die Spareinlage wird variabel z.Zt. mit ... % p.a. verzinst“
  - Door schrappen beding ontstaat leemte in premiespaarovereenkomst met variabele rente
  - ‘Leemte sluiten’ door *ergänzende Vertragsauslegung* aan de hand van § 133 en 157 BGB (*Treu und Glauben*). Vgl. aanvullen overeenkomst o.g.v. redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 1 BW)
- BGH: toepassing van aanvullend recht mag hier
  - in deze *Musterklage* (‘collectieve acte’) wil klaagster ‘aanvulling overeenkomst’ en ziet dus af van bescherming
  - dit is een *Kásler*-geval
- BGH: en dit mag d.m.v. *ergänzende Vertragsauslegung*

## Wordt de soep zo heet gegeten? (2)

- BGH: aanvullend recht in zin rechtspraak HvJEU is: aanvullende wetsbepaling die regel geeft voor betreffende geval
  - § 133 en 157 BGB bevatten geen regel van materieel aanvullend recht over renteaanpassing
  - maar *bilden vielmehr allein die Grundlage für die Entwicklung von Auslegungsgrundsätzen*
- BGH: *ergänzende Vertragsauslegung* berust niet op billijkheid (goeddunken rechter) in zin rechtspraak HvJEU
  - *die anzuwendenden Grundsätze knüpfen anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabes an die Typische Vorstellungen und an das Interesse der typischerweise an dem Vertrag beteiligten Verkehrskreise an*
  - dit (i) herstelt het evenwicht tussen pp o.g.v. *eine materielle Ausgewogenheit* en (ii) is afschrikkend voor gebruiker, want die kan beding niet meer eenzijdig vaststellen
- Idem bij toepassing aanvullende werking R&B (6:248 lid 1 jo 3:12 BW)?

# Hoe kan je ermee omgaan?



# Preventief



## 1. Oneerlijk beding vervangen door eerlijk beding

- vergt wilsovereenstemming
- complicatie: volgens ECLI:EU:C:2021:341 *Bank BPH*
  - kunnen partijen oneerlijk beding wijzigen mits (i) consument vrijwillig en goed geïnformeerd afstand deed van mogelijkheid oneerlijke karakter in te roepen en (ii) nieuwe beding niet oneerlijk is
  - voorkomt dergelijke wijziging wel nietigheid overeenkomst, maar niet dat rechter aan oorspronkelijke beding eventueel gevolgen moet toekennen om evenwicht te herstellen (tenzij consument dat niet wenst)
- met deze uitleg van RI 93/13 betreedt HvJEU het terrein van het bestaan van (onaantastbare) wilsovereenstemming; gebrek in wilsovereenstemming vertaalt zich alleen in gevolgen van de aanwezigheid van een oneerlijk beding (?)



## In procedures: *beding niet oneerlijk*

### 2. Inhoud beding vaststellen

- uitleg beding gaat vooraf aan toetsing oneerlijkheid beding; uitleg kan meebrengen dat beding niet oneerlijk is. ECLI:NL:HR:2018:1800 *AOV-polis*  
*NB.* niet toegestaan: beding oneerlijk oordelen en *daarna* uitleg bedenken die de oneerlijkheid kan verhelpen. ECLI:EU:C:2021:934 *MP en BP/Bank A*
- complicaties: (i) reële uitleg beding?; (ii) uitleg contra proferentem vereist?; (iii) rol transparantievereiste bij oneerlijkheidstoets na uitleg

### 3. Inhoud beding beoordelen

- nationale rechter toetst oneerlijkheid en heeft dus enige speelruimte
- beoordeling mede in licht gevolgen oneerlijkheidsoordeel niet de bedoeling
- als beding niet oneerlijk, dan is maatwerk t.a.v. gevolgen mogelijk (matiging boete; beperkende werking R&B *Euribor*)

## In procedures: *beding oneerlijk*

4. Conform hoofdregel volstaan met vernietiging beding
5. Bij uitzondering, indien consument dat wil of in *Kásler*-geval, aanvullend recht toepassen
  - aanvullende wet toepassen dan wel partijen laten heronderhandelen onder toezicht rechter *Banca B*
  - aanvullende werking R&B toepassen (BGH). Complicatie: HvJEU mee eens?
6. Indien toepassing aanvullend recht niet is toegestaan: beoordeel of oneerlijke beding zelfde regelt als bepaling van aanvullend recht
  - *zo ja*, dan bepaling van aanvullend recht niet toepassen. Pavillon & Spanjaard NJB 2012/1392
  - complicatie: reële uitleg beding?

## In procedures: *beding oneerlijk*

7. Indien toepassing aanvullend recht niet is toegestaan en beding zelfde regelt als bepaling van aanvullend recht: vordering op wettelijk contractuele grondslag (6:74) toewijzen als gebruiker vordering niet baseert op oneerlijk beding?
  - toegestaan volgens Pavillon & Spanjaard NJB 2021/1392:
    - (i) beding is geen deel rechtsstrijd en
    - (ii) rechtspraak HvJEU dat rechter ook moet kijken naar bedingen waarop geen beroep wordt gedaan betrof andere gevallen ECLI:EU:C:2015:397 *Banco Bilbao*, ECLI:EU:C:2017:60 *Banco Primus*
  - complicatie: strookt dit met strekking rechtspraak HvJEU?
  
8. Indien toepassing aanvullend recht niet is toegestaan en beding zelfde regelt als bepaling van aanvullend recht: beperkende werking redelijkheid en billijkheid toepassen
  - ter correctie van eventuele onaanvaardbare gevolgen van toepassing rechtspraak HvJEU over gevolgen van oneerlijk beding. Jongeneel NJB 2021/1393
  - complicatie: dergelijk nationaal correctiemechanisme mag niet kern van door Unierecht geboden bescherming aantasten Vgl. ECLI:EU:C:1998:222 *Kefalas* en ECLI:EU:C:1996:92 *Pafitis*

## In procedures: *beding oneerlijk*

9. Aanvullend recht toepassen, na vernietiging beding dat zelfde regelt als bepaling van aanvullend recht, als dat *in voordeel* consument is
  - bv. na vernietiging beding dat opschorting uitsluit, mag consument opschorten ex 6:262 BW
  - complicatie: geval nog niet beoordeeld door HvJEU, maar lijkt geen probleem gezien ratio rechtspraak HvJEU (evenwicht; afschrikking)
  
10. (Semi)dwingend recht toepassen na/naast vernietiging beding dat zelfde regelt als bepaling van aanvullend recht, ook in *nadeel* consument
  - complicatie: (i) rechtspraak HvJEU over gevolgen oneerlijk beding betreft toepassing aanvullend recht; status (semi)dwingend recht onduidelijk; (ii) antwoord op samenloopvraag onduidelijk
  - samenloopvraag: moet rechter beding toetsen aan Richtlijn 93/13 (6:233(a) BW), ook indien beding reeds vernietigbaar o.g.v. andere (semi)dwingende wetsbepaling?
  - discussie: Pavillon, TvCH 2018, p. 2; Loos, Alg. voorwaarden 2018/445e; Pavillon & Spanjaard NJB 2021/1392; Schelhaas & Spanjaard MVV 2021/4; Wissink conclusie voor ECLI:NL:HR:2017:2775 *Tio Teach* en WPNR 7179
  - prejudiciële vragen aan HR in zaak 21/04816 over 7:411 BW

## In procedures: *beding oneerlijk*



### 11. Vordering op consument op buitencontractuele grondslag mogelijk

- richtlijn 93/13 ziet niet op vorderingen op buitencontractuele grondslag ECLI:EU:C:2019:936 *Kanyeba*
- complicatie: samenloop vordering op contractuele grondslag en op buitencontractuele grondslag naar nationaal recht mogelijk (6:162, 6:212 BW)?

## Conclusie

- Eerdere Europese ontwikkelingen zijn geland in Nederlandse rechtspraak (ambtshalve toetsing, oneerlijkheidstoets, herzieningsverbod)
- Thans zorgt rechtspraak HvJEU over niet toepassen van aanvullend recht na oneerlijk beding voor spanning tussen nationaal (privaat)recht en Unierecht
- Hierop kan soms worden ingespeeld

DANK VOOR UW AANDACHT