

Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht

**Rapport van de LOVCK werkgroep
Ambtshalve toetsing**

februari 2010

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Ambtshalve toetsing in consumentenzaken in de rechtspraak van het HvJ
3. Ambtshalve toetsing in andere uitspraken van het HvJ
4. Een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing of ook een verplichting?
5. Juridische constructie van de ambtshalve toetsing
6. Ambtshalve toetsing in de praktijk
7. Aanbevelingen
8. Evaluatie

- Bijlage 1 Nederlandse jurisprudentie over ambtshalve toetsing
Bijlage 2 Literatuur over ambtshalve toetsing
Bijlage 3 Meest relevante consumentbeschermende richtlijnen
Bijlage 4 Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2009.

- Bijlage A Samenvatting resultaten enquête*
Bijlage B Samenvatting reacties op het concept-rapport
Bijlage C Tekstvoorstellen
Bijlage D Verantwoording van de belangrijkste wijzigingen van het rapport ten opzichte van het concept rapport (november 2009)

(de bijlagen A-D zijn volgens het besluit van het LOVCK niet opgenomen in de op de site van rechtspraak.nl te publiceren versie)

1. Inleiding

Het LOVCK heeft een werkgroep "ambtshalve toetsing" in het leven geroepen. Aan de werkgroep is gevraagd of de Nederlandse rechter ambtshalve bedingen in algemene voorwaarden moet (dus niet: mag) toetsen.

Na een eerste bespreking heeft de werkgroep een enquête uitgezet, waarvan de resultaten worden weergegeven in bijlage A. Er is een inventarisatie gemaakt van de Nederlandse rechtspraak tot op heden (bijlage 1). Vervolgens is de werkgroep na studie van literatuur (bijlage 2) en rechtspraak en de verzamelde gegevens gekomen tot het onderstaande rapport. De werkgroep sprak ook met mr. M.A. Fierstra en dankt hem voor zijn commentaar op het concept van dit rapport. Prof. mr. A.S. Hartkamp was zo vriendelijk een concept artikel aan de werkgroep ter inzage te geven. Verder werden op het concept-rapport reacties ontvangen van vrijwel alle rechtbanken (bijlage B) en heeft de rechtbank Amsterdam bij haar reactie de opinies gevoegd van prof. mr. M.H. Wissink en prof. mr. A.G. Castermans.

Bij de bestudering van de Europese rechtspraak en de literatuur is duidelijk geworden dat de vraag die gesteld is naar aanleiding van de Richtlijn oneerlijke bedingen, eigenlijk betrekking heeft op alle Europese richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht. Ons onderzoek is daarom uitgebreid tot het gehele Europese consumentenrecht, maar is anderzijds daartoe ook beperkt; het gaat alleen om overeenkomsten waarbij een privaat bedrijf of een beroeps-uitoefenaar zaken doet met een consument.¹

De aangehaalde wetsartikelen komen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) tenzij anders aangegeven.

17 februari 2010,

de werkgroep

mr. H.A. van den Berg (rechtbank Alkmaar);
mr. R.H.C. Jongeneel (rechtbank Amsterdam; voorzitter);
mr. S.J.S. Koekkoek (rechtbank Assen, secretaris);
mr. R.R.M. de Moor (rechtbank Den Bosch);
mr. W.J.J. Wetzels (rechtbank Rotterdam).

¹ Een consument is volgens art. 6:236 aanhef BW: *een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf*, en volgens art. 2 onder b van de Richtlijn oneerlijke bedingen: *iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Tegenover hem staat de 'gebruiker' van algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231.*

2. Ambtshalve toetsing in consumentenzaken in de rechtspraak van het HvJ

Het vraagstuk van de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden staat op de agenda van de Nederlandse rechtspraak sinds het HvJ het Océano-arrest² wees. Het ging hierbij om de Richtlijn oneerlijke bedingen.³ Deze en andere Richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht aan EG-richtlijnen hebben geen horizontale directe werking (in de verhouding tussen burgers onderling)⁴, maar zijn omgezet in nationaal recht. Het Nederlandse recht geeft de consument de bevoegdheid een beroep te doen op de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen⁵ en er is dus geen sprake van een (ambtshalve toe te passen) nietigheid van rechtswege.

De kernoverweging van het Océano-arrest luidt als volgt.

“De doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, kan mogelijk niet worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen. In geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn dan het gevorderde bedrag, hetgeen de consument ervan kan afhouden zich te verweren tegen de toepassing van een oneerlijk beding. Volgens de procesregels van tal van lidstaten mogen particulieren in dergelijke geschillen weliswaar zelf verweer voeren, doch bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar, dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen. Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.”

Dit arrest liet echter nog tal van vragen open. We noemen de belangrijkste:

- is de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing beperkt tot bevoegdheidsbedingen of tot alle ‘oneerlijke bedingen’ in algemene voorwaarden?
- of gaat het zelfs om alle bedingen die aantastbaar zijn op grond van een consumentbeschermende richtlijn?
- is er alleen een *bevoegdheid* tot ambtshalve toetsing of ook een *verplichting*?
- en last but not least: hoe moet dat praktisch?

Op een aantal van deze vragen hebben latere arresten licht geworpen, een aantal vragen zal naar de werkgroep meent niet door de Europese rechter beantwoord (kunnen) worden. Hier moeten door de Nederlandse rechter keuzes worden gemaakt en dit rapport doet daarvoor aanbevelingen.

² HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 tot C-244/98. De zaak ging over een beding waarin de rechter te Barcelona exclusief bevoegd werd verklaard. Omdat de vraag of dit soort bedingen ambtshalve kunnen worden getoetst de Spaanse beslissingen uiteen liepen, werd de vraag aan het HvJ voorgelegd, die daar dus bevestigend op antwoordde.

³ Richtlijn 93/13 EG; voor volledige gegevens van de in dit rapport genoemde richtlijnen wordt verwezen naar Bijlage 4.

⁴ Zie HvJ 14 juli 1994, C-91/92 (Faccini Dori).

⁵ Art. 6:233 aanhef; hetzelfde geldt voor bedingen die in strijd zijn met andere richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht.

Het arrest Cofidis⁶ 2002 betrof niet een bevoegdheidsbeding maar een beding dat oneerlijk werd geacht omdat het onvoldoende leesbaar en misleidend was; niettemin gebruikte het Hof een overweging die overeenkomt met het arrest Océano:

“33. Deze bevoegdheid van de rechter is noodzakelijk geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen (arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, reeds aangehaald, punt 26).

34. De bescherming die de richtlijn aan de consument verleent, strekt zich dus ook uit tot de gevallen waarin de consument die met een verkoper een overeenkomst heeft gesloten die een oneerlijk beding bevat, zich niet op het oneerlijke karakter van dat beding beroept, hetzij omdat hij onwetend is van zijn rechten, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte.”

Hoewel hiermee niet uitdrukkelijk is geoordeeld dat ieder oneerlijk beding ambtshalve moet worden getoetst door de nationale rechter, kan op grond van de door het Hof gehanteerde algemene bewoordingen worden verdedigd dat deze consequentie uit het arrest voortvloeit.

In het arrest Mostaza Claro⁷ wordt de lijn Océano en Cofidis verder doorgetrokken. Aanleiding was ditmaal de vraag of een arbitragebeding nog ambtshalve getoetst moet worden nadat er al een arbitraal vonnis is gewezen en daarvan de vernietiging wordt gevraagd.

“... derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.”

Het Rampion-arrest⁸ betrof de Richtlijn consumentenkrediet. Ook bepalingen daaruit kunnen aanleiding geven tot ambtshalve toepassing. Geïnspireerd door zijn eerdere rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen spreekt het Hof dit aldus uit:

“62. Onder verwijzing naar dit punt van het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, voornoemd, heeft het Hof in punt 33 van het arrest Cofidis, voornoemd, bevestigd dat deze bevoegdheid van de rechter om ambtshalve het oneerlijke karakter van een beding te toetsen, noodzakelijk is geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze laatste zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen (zie ook arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 28).

63. Zoals de Spaanse en de Italiaanse regering alsook de Commissie hebben betoogd en zoals de advocaat-generaal in de punten 102 en volgende van zijn conclusie heeft opgemerkt, geldt dit ook voor de door artikel 11, lid 2, van richtlijn 87/102 geboden bescherming van de consument.

64. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat artikel 11, lid 2, weliswaar het in

⁶ HvJ 21 november 2002, C-473/00.

⁷ HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, jurispr. blz. I-10421 (Mostaza Claro).

⁸ HvJ 4 oktober 2007, C-429/05 (Rampion).

punt 59 van dit arrest genoemde tweeledige doel nastreeft, doch tegelijkertijd beoogt om de consument in bepaalde welomschreven omstandigheden rechten tegenover de kredietgever toe te kennen die verder gaan dan zijn normale uit de overeenkomst voortvloeiende rechten jegens de kredietgever en de leverancier van de goederen of diensten (zie punt 42 van dit arrest).

Dit doel kan niet op doeltreffende wijze worden bereikt, indien de consument verplicht is zelf het recht in te roepen om rechten tegen de kredietgever geldend te maken krachtens de nationaalrechtelijke bepalingen ter omzetting van artikel 11, lid 2, van richtlijn 87/102, onder meer wegens het niet geringe risico dat de consument niet op de hoogte is van zijn rechten of op moeilijkheden stuit bij de uitoefening daarvan.”

Voor de bescherming door ambtshalve toetsing maakt het verder (voortaan) niet uit of de consument wordt bijgestaan door een rechtshulpverlener

“65. (...) Zoals de advocaat-generaal in punt 107 van zijn conclusie heeft opgemerkt, wettigt het feit dat het hoofdgeding is ingeleid door de echtelieden Rampion en zij door een advocaat worden vertegenwoordigd, geen andere conclusie, omdat het probleem moet worden opgelost los van de concrete omstandigheden van deze zaak.”

De conclusie is onafwendbaar:

“69. Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord dat richtlijn 87/102 aldus moet worden uitgelegd dat zij de nationale rechter in staat stelt om de bepalingen ter omzetting in nationaal recht van artikel 11, lid 2, daarvan ambtshalve toe te passen.”

Nu de ‘oneerlijke bedingen’-redenering ook hier opgaat, kan op grond van deze vaste rechtspraak worden verdedigd dat dit zal gelden voor **alle bedingen** in overeenkomsten met consumenten, waartegen een richtlijn bescherming biedt.⁹ In *Bijlage 3* hebben wij de belangrijkste consumentbeschermende richtlijnen opgesomd.¹⁰

In het Pannon-arrest¹¹ beantwoordde het HvJ de vraag of een forumkeuzebeding ambtshalve getoetst moet worden. Dit arrest bevat een bevestiging van de eerdere rechtspraak. Het Hof heeft in deze uitspraak de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing expliciet als een *verplichting* geformuleerd:

“35. Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de nationale rechter gehouden is, ambtshalve te toetsen of een contractueel beding oneerlijk is zodra¹² hij over de

⁹ Zie hierover ook Ancery en Krans 2009, p. 195-197, die voorzichtig de conclusie trekken dat het HvJ lijkt te kiezen voor een ruime algemenere lijn van ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende bepalingen, al is nog onzeker of deze het gehele of slechts een deel van de consumentenbeschermende bepalingen betreft. Het hierna te noemen arrest Martín Martín kan als een bevestiging van deze lijn worden gezien.

¹⁰ Voor een actueel overzicht verwijzen wij naar: www.europa.eu // nl // consumentenbeleid // geldende wetgeving // [15.20 Consumentenbelangen](#) en [15.30 Bescherming van de gezondheid](#).

¹¹ HvJ 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon), NJ 2009, 395 met noot Mok, LJV BI7786.

¹² Is het woord “zodra” juist vertaald? Een nuance anders is de Engelse versie van deze overweging:

*“The reply, therefore, to the second question is that the national court is required to examine, of its own motion, the unfairness of a contractual term **where it has** available to it the legal and factual elements necessary for that task. Where it considers such a term to be unfair, it must not apply it, except if the consumer opposes that non-application. That duty is also incumbent on the national court when it is ascertaining its own territorial jurisdiction.”*

De vertaling lijkt wel te kloppen met de Franse versie, deze luidt:

*Il convient, dès lors, de répondre à la deuxième question que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle **dès qu'il dispose** des éléments de droit et de fait nécessaires à cet*

daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Acht hij een dergelijk beding oneerlijk, dan laat hij het buiten toepassing, tenzij de consument zich hiertegen verzet. De nationale rechter is daartoe ook verplicht wanneer hij onderzoekt of hij ratione loci bevoegd is.”

De vraag of een beding in concreto oneerlijk is, is volgens het Pannon-arrest - in navolging van eerdere rechtspraak - in hoge mate aan de nationale rechter overgelaten, maar bepaalde bedingen, zoals forumkeuzeclausules, zijn in potentie zonder meer oneerlijk.

“42. Het Hof heeft weliswaar (...) de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria uitgelegd teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren, maar kan zich niet uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval (...)”¹³

44. Mitsdien moet de derde vraag in die zin worden beantwoord dat het aan de nationale rechter staat om vast te stellen of een contractueel beding als het beding dat in het hoofdgeding aan de orde is, voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn te worden aangemerkt. Hierbij moet de nationale rechter rekening ermee houden dat een beding in een tussen een consument en een verkoper gesloten overeenkomst, dat is opgenomen zonder dat daarover afzonderlijk is onderhandeld en dat de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd verklaart, als oneerlijk kan worden aangemerkt.”

In het Asturcom-arrest¹⁴ had de verwijzende rechter te oordelen over een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis, dat (mogelijk) op een oneerlijk beding (te weten een arbitrageclausule) was gebaseerd. Het Hof bevestigt de eerdere rechtspraak. Opnieuw wordt het effectiviteitsbeginsel benadrukt, dat meebrengt dat de consument die zich niet bewust is van zijn rechten wordt beschermd. Voorts geeft het Hof een kwalificatie van artikel 6 van de Richtlijn 93/13/EEG, zowel Europeesrechtelijk als in nationaal perspectief:

“51. Onderstreept moet worden dat, zoals in punt 30 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 een dwingende bepaling is. Voorts dient erop te worden gewezen dat deze richtlijn in haar geheel volgens de rechtspraak van het Hof overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap (arrest Mostaza Claro, reeds aangehaald, punt 37).

52. Gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door richtlijn 93/13 aan de consument verzekerde bescherming berust, dient derhalve te worden vastgesteld dat artikel 6 van deze richtlijn moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.

53. Hieruit volgt dat, voor zover de nationale rechter die kennis neemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een definitief arbitraal vonnis, op grond van de nationale procesregels ambtshalve dient te onderzoeken of een arbitragebeding in strijd is met nationale voorschriften van openbare orde, hij eveneens ambtshalve moet beoordelen of dit

effet. Lorsqu’il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l’applique pas, sauf si le consommateur s’y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale.

Het staat wat de werkgroep betreft niet vast dat ‘zodra’ een juiste vertaling is. Wellicht moet dit toch eerder worden begrepen als ‘indien’.

¹³ Het Hof verwijst hier naar HvJ 1 april 2004, C-237/02, Jurispr. blz. I-3403 (Freiburger Kommunalbauten).

¹⁴ HvJ 6 oktober 2009, C-40/08

arbitragebeding oneerlijk is in het licht van artikel 6 van voornoemde richtlijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt (zie in die zin arrest Pannon GSM, reeds aangehaald, punt 32)."

Kennelijk is de gedachtegang van het Hof dat de ruimte die de nationale rechter heeft om een arbitraal vonnis niet ten uitvoer te leggen omdat het arbitraal beding waarop de bevoegdheid van arbiters berust in strijd is met de openbare orde¹⁵ ook moet worden gebruikt als het vonnis is gebaseerd op een oneerlijk arbitragebeding. Zowel Hartkamp als Snijders hebben er op gewezen dat de redenering van het Hof tot gevolg heeft dat geen sprake is van absolute nietigheid, maar van een nietigheid die alleen ten gunste van de consument werkt.¹⁶ Het Asturcom-arrest heeft consequenties voor de opstelling van de rechter in hoger beroep, nu regels van openbare orde ook buiten de grieven om getoetst dienen te worden.¹⁷

De zaak Martín Martín¹⁸ betrof colportage. Mag de rechter ambtshalve aan het feit dat de voorgeschreven informatie over het herroepingsrecht niet is verstrekt de consequentie verbinden dat de overeenkomst nietig is? Geheel in lijn met de eerdere uitspraken luidt het antwoord bevestigend.¹⁹

¹⁵ Een voorbeeld naar Nederlands recht zou kunnen zijn een arbitraal beding dat kan leiden tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, bijvoorbeeld op het gebied van het familierecht (vgl. art. 1063 lid 1 j^o 1020 lid 3 Rv.). Op het gebied van het consumentenrecht is een goed voorbeeld nog niet bedacht.

¹⁶ Vgl. Hartkamp 2010 nr. 17: *"Dit arrest is ook om andere redenen interessant, waarop ik in deze context niet uitvoerig kan ingaan. Ik volsta met de signalering dat het gelijkwaardigheidsbeginsel, dat eerder in de arresten Van Schijndel en Eco Swiss in het kader van art. 81 EG werd aangevoerd, nu wordt toegepast op een richtlijn, die (in andere gevallen wel, maar in casu) niet zélf tot ambtshalve toepassing verplicht. De grond daarvoor is identiek aan de in Mostaza Claro en Pannon gegeven argumentatie voor de ambtshalve toepassing, omdat hij moet worden gevonden in de 'aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door richtlijn 93/13 aan de consument verzekerde bescherming berust' (punt 52). Deze grond leidt hier niet tot het oordeel dat de richtlijn eist dat haar artikel 6 ambtshalve moet worden toegepast, maar tot het oordeel dat artikel 6 moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden en om die reden ambtshalve moet worden toegepast. Deze redenering is subtiel en fraai: er bestaat een verplichting tot ambtshalve toepassing van een bepaling die zelf niet van openbare orde is, zodat de gevolgen van absolute nietigheid, die in consumentenaangelegenheden niet passend zijn, worden vermeden, maar een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt in een context waarin dat gerechtvaardigd is."* Vgl. ook Snijder 2009, onder 4:

"... art. 6 van de richtlijn wordt hier uitdrukkelijk gelijk gesteld met nationaal recht van openbare orde in de betekenis die de term openbare orde heeft in de rechtsregel dat de rechter ambtshalve, zo nodig buiten de rechtsstrijd van partijen om, dient te toetsen aan recht van openbare orde. (...) Hiermee is echter niet gezegd dat die oneerlijke bedingen voortaan absoluut nietig zouden zijn, zodat ook de wederpartij van de consument de nietigheid zou kunnen invoeren. Een artikel moet ook eenzijdig van openbare orde kunnen zijn, zoals het ook eenzijdig minder fundamenteel dwingendrechtelijk kan zijn. Aangenomen kan worden dat bepaalde bedingen voor zover zij ten nadele van de consument strekken in zoverre in strijd met recht van openbare orde althans daarmee gelijk te stellen recht zijn en in zoverre zo nodig buiten de rechtsstrijd van partijen (en zelfs dus in verstekzaken) ambtshalve door de rechter buiten toepassing gelaten moeten worden. Een uitzondering valt hierop weer te maken voor zover de consument in de procedure te kennen heeft gegeven zich desondanks tegen terzijdestelling van het beding te verzetten, zoals het Pannon-arrest demonstreert."

¹⁷ Dit geldt mogelijk zelfs indien dit zou leiden tot reformatio in peius, zie Snijders/Wendels, Civiel appel, Deventer (2003), nr. 238. Voor 'gewone' ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht heeft HvJ in het Heemkerk & Schaap arrest, 25 november 2008, C-455/06 aanvaard dat een nationale regel of beginsel die reformatio in peius verbiedt aan deze ambtshalve toepassing in de weg kan staan (zie het vervolg in CBb 17 september 2009, LJN BJ8629).

¹⁸ HvJ 17 december 2009, C-227/08.

¹⁹ *"Artikel 4 van richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten verzet zich er niet tegen dat een nationale rechterlijke instantie een onder deze richtlijn vallende overeenkomst ambtshalve nietig verklaart op grond dat de*

3. Ambtshalve toetsing in andere uitspraken van het HvJ

Als de consument tegen een beding geen bezwaar maakt, treedt de rechter dan niet buiten de rechtsstrijd door ambtshalve te toetsen? Die vraag komt op uit het Van Schijndel arrest.²⁰ Daarin is namelijk beslist dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter er niet toe verplicht, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Naar de werkgroep meent heeft deze leer in het algemeen gelding, maar – zoals ook blijkt uit het arrest Van der Weerd²¹ - niet in zaken waar het gaat om bescherming die voor consumenten is voorzien in richtlijnen genoemd in bijlage 3 bij dit rapport. Daar gelden - zoals het HvJ in genoemde uitspraak uitlegt²² - de bijzondere overwegingen van de arresten Océano, Cofidis, Mostazo Claro, Rampion en Pannon, zoals hierboven aangehaald, die steeds als gemeenschappelijke noemer hebben dat de positie van de consument ambtshalve toepassing vereist van de op basis van Europese richtlijnen vastgestelde nationale regels.²³

consument niet over zijn opzeggingsrecht is voorgelicht, ook al heeft de consument deze nietigheid nooit aangevoerd voor de bevoegde nationale rechters.”

²⁰ HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Jurispr. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116 en 117.

²¹ HvJ 7 juni 2006, LJN BA9090, NJ 2007,391.

²² Zie de rechtsoverwegingen 39 en 40, die als volgt luiden:

“(39) Aan deze uitkomst wordt niet afgedaan door de rechtspraak in het arrest Peterbroeck, reeds aangehaald, en de arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jur. blz. I-3055 (NJ 2000, 730; red.)), 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (C-240/98-C-244/98, Jur. blz. I-4941 (NJ 2000, 339; red.)), 21 november 2002, Cofidis (C-473/00, Jur. blz. I-10875 (NJ 2003, 703; red.)), en 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Jur. blz. I-10421 (NJ 2007, 201; red.)).

40. Bovengenoemde rechtspraak is in casu niet relevant. Enerzijds wordt die immers gekenmerkt door de omstandigheden van de betrokken zaak, waarin de verzoeker in het hoofdgeding de mogelijkheid wordt ontnomen om naar behoren de onverenigbaarheid van een voorschrift van nationaal recht met het gemeenschapsrecht aan te voeren (zie arrest Peterbroeck, punten 16 e.v.). Anderzijds vindt die rechtspraak zijn rechtvaardiging in de noodzaak te verzekeren dat de consument doeltreffend wordt beschermd in de zin van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (JO L 95, blz. 29) (zie reeds aangehaalde arresten Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, punt 26; Cofidis, punt 33, en Mostaza Claro, punt 29). Bovendien kan die rechtspraak niet zinvol worden aangevoerd in het kader van het onderzoek inzake schending van het doeltreffendheidsbeginsel (...).”

²³ In de bewoordingen van het Pannon-arrest (rechtsoverwegingen 22 en 23):

“22. Zo berust het door die richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen (arrest van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, C 240/98–C 244/98, Jurispr. blz. I 4941, punt 25).

23. Het Hof heeft in punt 26 van laatstbedoeld arrest eveneens verklaard dat de doelstelling van artikel 6 van de richtlijn mogelijk niet kan worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van een contractueel beding zelf aan de orde zou moeten stellen, en dat een doeltreffende bescherming van consumenten enkel kan worden verzekerd, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.”

4. Een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing of ook een *verplichting*?

Deze vraag is inmiddels expliciet beantwoord in het Pannon-arrest: er is niet slechts een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing, maar de rechter is *gehouden* tot ambtshalve toetsing “...zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt (...)”²⁴ Het HvJ lijkt hiermee wel een grens te stellen aan het onderzoek dat de rechter dient te verrichten om te achterhalen of de ingestelde vordering (mede) is gebaseerd op een oneerlijk beding. Het Hof preciseert niet wanneer de rechter geacht moet worden over de voor deze beoordeling noodzakelijk gegevens te beschikken.

Ancery en Krans stellen dat de rechter ambtshalve en desnoods buiten de grenzen van de rechtsstrijd de oneerlijkheid van het beding dient te toetsen en dat de buitengrenzen daarbij worden bepaald door de feiten die zich in het dossier bevinden en de ingestelde vordering.²⁵ De werkgroep stemt hiermee in. Als er een beroep op een beding wordt gedaan, kan de rechter soms direct het beding beoordelen omdat hij over de noodzakelijke gegevens “feitelijk en rechtens” beschikt. Het kan echter ook gebeuren dat hij op grond van de feiten waarover hij wel beschikt tot de conclusie komt dat het beding mogelijk oneerlijk is (tot welk oordeel hij ambtshalve zal moeten komen), maar dat hij voor het definitieve oordeel in het dossier niet over alle relevante gegevens beschikt. In die situatie zal nader onderzoek noodzakelijk zijn. In de reeds gepubliceerde Nederlandse rechtspraak wordt dit nader onderzoek met regelmaat verricht. De gebruiker van een mogelijk onredelijk bezwarend beding wordt dan in de gelegenheid gesteld zich over bepaalde relevante omstandigheden uit te laten. Op het geval dat niet duidelijk is of de vordering al dan niet (mede) is gebaseerd op een (mogelijk onredelijk) beding gaan wij hierna nog in (par. 6.3).

De aangehaalde uitspraak gaat als volgt verder:

Bij de uitvoering van die verplichting is de nationale rechter op grond van de richtlijn evenwel niet gehouden, het betrokken beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen.”

Hiermee is een grens gesteld aan de communautaire verplichting van de rechter: als de consument zich niet op het oneerlijke karakter van een beding wil beroepen, is de rechter niet communautairrechtelijk verplicht deze bepaling toch ambtshalve te toetsen.

De geciteerde passage roept de vraag op of de rechter nu ook verplicht is *in alle gevallen* de consument van het voornemen om een beding buiten toepassing te laten op de hoogte te stellen en de consument in de gelegenheid te stellen zich hier eerst over uit te laten. De werkgroep meent dat dit niet uit het arrest kan worden afgeleid. Het is aan de rechter om te beslissen of hij de consument al dan niet van te voren van zijn voornemen op de hoogte wil stellen. Als het gaat om een oneerlijk beding zal dat in de overgrote meerderheid van de gevallen alleen maar nadelig zijn en mag - zowel in verstekzaken als in zaken op tegenspraak - van de veronderstelling worden uitgegaan dat de consument dit nadeel niet wenst.²⁶ Dat kan in bepaalde gevallen ook uit de procesopstelling van de consument worden

²⁴ Pannon arrest, rechtsoverwegingen 32 en 33.

²⁵ Ancery en Krans 2009, p. 199, die in hun artikel ook ingaan op de vraag of de rechter bij een onhandig ingeklede vordering van de consument-eiser ‘ultra petitum’ zou kunnen gaan. Die vraag beantwoorden zij vooralsnog negatief. De werkgroep laat deze vraag (die zich in de praktijk niet vaak zal voordoen) in het kader van dit rapport rusten.

²⁶ Bij andere richtlijnen dan de richtlijn oneerlijke bedingen (bijvoorbeeld colportage of verkoop op afstand), kunnen ook andere keuzes dan wel of niet handhaven van een oneerlijk beding aan de orde zijn, waardoor er reden kan zijn de keus aan de consument te laten.

afgeleid. Naar de mening van de werkgroep is de rechter niet gehouden om - met name in verstekzaken - de consument nog te benaderen met de vraag of hij instemt met het buiten toepassing laten van een beding. Slechts als een beding naast nadelige (onredelijke) kanten ook voordelige kanten heeft, is er reden de keus aan de consument te laten.²⁷

5. Juridische constructie

De vraag is vervolgens hoe deze ambtshalve toetsing juridisch vorm dient te krijgen. Het Europees consumentenrecht is (vooralnog) vastgelegd in richtlijnen, die in Nederlands recht zijn omgezet. Uitgangspunt is dus dat de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht in de eerste plaats gebeurt door ambtshalve het Nederlands recht toe te passen. De vraag is nu hoe dit vorm moet krijgen als het Nederlandse recht zich niet voor ambtshalve toepassing lijkt te lenen. Wij werken dat hieronder uit voor de richtlijn oneerlijke bedingen; soortgelijke overwegingen gelden ook voor andere bedingen die in strijd zijn met Europees consumentenrecht.

Bij de algemene voorwaarden regeling is het probleem dat art. 6:233²⁸ onder a en b vernietigbaarheden bevat, die door de wederpartij kunnen worden ingeroepen. Wat te doen als zo'n beroep op een vernietigbaarheid ontbreekt.

In de eerste plaats komt het hierbij aan op de uitleg van de stellingen van partijen en zal - zeker als zonder procesvertegenwoordiging wordt geprocedeerd - het maken van bezwaar tegen een beding al snel mogen worden opgevat als een beroep op de vernietigbaarheid.²⁹ Als dit het geval is, verlaat de rechter daarmee het terrein van de ambtshalve toepassing en past hij gewoon nationaal recht toe.

Als geen uiting van de wederpartij als beroep op vernietigbaarheid kan worden uitgelegd en de rechter wel constateert dat het gaat om een onredelijk bezwarend beding, zal hij op zoek moeten gaan naar een norm waarmee hij het resultaat kan bereiken waartoe hij volgens het Europees Hof 'gehouden' is (te weten dat een dergelijk beding geen effect heeft). Er zijn twee normen die in aanmerking komen, te weten de nietigheid van bedingen die in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40)³⁰ en de redelijkheid en billijkheid³¹ (art. 6:2 en 6:248). Via die weg zal dus ook ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen kunnen plaatsvinden.

²⁷ De werkgroep heeft kennis genomen van de van dit standpunt afwijkende mening van Hartkamp (Hartkamp 2010: zijn nog te publiceren artikel in RM Themis). Hartkamp leidt uit het arrest af dat de consument altijd voor de keuze gesteld moet worden of hij de voorgenomen vernietiging al dan niet wenst, maar heeft ter gelegenheid van een cursus gezegd dat het standpunt van de werkgroep in ieder geval verdedigbaar en ook wel praktisch is.

²⁸ Genoemde wetsartikelen zijn steeds uit het BW, tenzij anders aangegeven.

²⁹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem (sector kanton) 27 april 2009, LJN BJ1729 en NJF 2009, 337.

³⁰ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III (2010) nr. 312 en 320-321..

³¹ Mogelijk anders: HR 11 juli 2008 NJ 2008, 418 (Peeters/Fianet): *“Het hof heeft inderdaad kennelijk over het hoofd gezien dat art. 7:680a de rechter geen matigingsbevoegdheid geeft in een geval als het onderhavige, waarin de loonvordering niet samenhangt met de vernietiging van een opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar gegrond is op het doorlopen van de arbeidsovereenkomst hoewel de werkgever op het standpunt staat dat die met wederzijds goedvinden is beëindigd. In zo'n geval kan de werkgever nog wel verlangen om op grond van art. 6:248 lid 2 BW te matigen, maar uit de uitspraak van het hof valt niet op te maken dat het aan die bepaling toepassing heeft gegeven, nog daargelaten of het in de stellingen van Fianet een - voldoende onderbouwd - beroep erop heeft kunnen lezen dat een integrale toewijzing van de loonvordering van werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De overige klachten behoeven geen behandeling meer.”*

Hartkamp zegt over art. 3:40 het volgende.

“Onder omstandigheden leent zelfs een vernietigbaarheid zich voor ambtshalve toepassing door de rechter. Dat blijkt als wij onze aandacht richten op de tweede regel van art. 3:40 lid 2, die bepaalt dat strijd met een uitsluitend tot bescherming strekkende wetsbepaling tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling leidt. Op zich betekent dit dat de nietigheid alleen kan worden teweeggebracht door de beschermde partij, en dat zij dus niet door de wederpartij of door derden kan worden ingeroepen; daarbij past niet dat de rechter haar ambtshalve zou mogen (en dus moeten) toepassen. Het is echter duidelijk dat de bescherming flink toeneemt indien, bijvoorbeeld in een situatie dat de beschermde partij wordt gedagvaard maar niet in rechte verschijnt, de rechter de nietigheid ambtshalve in haar voordeel toepast. De uitspraak van het Hof van Justitie in het arrest Mostaza Claro berust op deze ratio. Interessant is nu dat de wetgever van het geldende BW deze oplossing mogelijk heeft gemaakt. Bij de uitzonderingsbepaling van lid 2 in fine ('een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit') wordt in de parlementaire geschiedenis als voorbeeld het geval genoemd dat de rechter een beschermingsbepaling ambtshalve toepast teneinde de beschermde partij tegen zichzelf te beschermen.³² Het arrest van het Hof sluit aldus aan bij het Nederlandse recht, dat echter nog niet in deze zin was toegepast.”³³

De werkgroep leidt hieruit af dat als er geen wettelijke matigingsbevoegdheid is, de rechter slechts mag matigen als daarom gevraagd wordt. Een algemene uitspraak over het al dan niet ambtshalve toepassen van redelijkheid en billijkheid kan hierin echter niet worden gezien.

In de literatuur wordt aangenomen dat redelijkheid en billijkheid ambtshalve moeten worden toegepast zie o.a. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III (2010) nr. 395, Rijken, Redelijkheid en billijkheid, Mon NBW A5, Deventer (1994), nr. 34 en Snijders in zijn noot onder HR 24 maart 2006 NJ 2007, 115.

Zie voor voorbeelden waarin de eis van het inroepen van de redelijkheid en billijkheid niet wordt gesteld (en deze norm dus ambtshalve is toegepast) onder andere: HR 25 april 1986, NJ 1987, 714 (Van der Meer/Smilde); HR 22 januari 1993, NJ 1993, 597 (Windward Islands Bank/Jongsma).

³² Hartkamp verwijst op dit punt naar Parl. gesch. Boek 3, p. 191 e.v., en Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III (2010)nr. 320-321, met literatuurverwijzingen. Zie ook Wessels en Wissink (2006), p. 17 en Damminga (2007) p. 188-189, beide verwijzend naar de MvT bij de aanpassingswet Richtlijn consumentenkoop, TK 2000-2001, 27809 nr 3 p. 12.

Wij citeren deze passage:

“In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat nietigheid in plaats van vernietigbaarheid hier niet op haar plaats is. Dit zou in strijd komen met de tekst en de strekking van de beide richtlijnen die bepalen dat met de richtlijn strijdige bedingen de consument niet binden. Nietigheid zou tot gevolg hebben dat niet alleen de consument, maar ook de gebruiker het beding naast zich neer zou kunnen leggen, ook als het juist de consument is die zich op het beding wil beroepen. Het voormeld in artikel 7:6 jo 3:40 lid 2 BW besloten uitgangspunt van vernietigbaarheid door een beroep op de vernietigingsgrond door de consument sluit evenwel niet uit dat de rechter in het belang van de consument een beding ambtshalve terzijde stelt. Dit volgt uit de slotzinsnede van artikel 3:40 lid 2 luidende: «een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit». Deze zinsnede is juist opgenomen om de rechter hier een zekere vrijheid te laten, onder meer om bedingen ambtshalve op strijd met de betreffende dwingende wetsbepaling te toetsen. Dit kan nodig zijn om de partij ter bescherming van wie de bepaling is geschreven, ook tegen bijvoorbeeld eigen onwetendheid of gebrek aan middelen te kunnen beschermen. In de parlementaire geschiedenis wordt dit dan ook als voorbeeld vermeld van de toepassing van deze zinsnede. Zie Parl. Gesch. Boek 3, pp. 191–192. Daarvoor is uiteraard wel noodzakelijk dat de rechter over voldoende feitelijke gegevens beschikt om tot de vereiste toetsing te komen. Dit is naar gelang van de omstandigheden ook in verstekzaken mogelijk.”

³³ Hartkamp 2007 a, p. 22. Zie evenwel kritisch hierover Cauffman c.s. 2009, p. 155-156.

“De interpretatie die men geeft aan de laatste zinsnede van artikel 3:40 BW lijkt immers wat geforceerd. Is hetgeen kan voortvloeiën uit de strekking van een dwingende wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling immers niet veeleer dat strijd daarmee tot nietigheid kan leiden in afwijking van de algemene regel van vernietigbaarheid? De nietigheid is echter veel ingrijpender dan het “niet-bindend zijn” en heeft tot gevolg heeft dat een beding in het geheel geen uitwerking heeft, ook niet ten opzichte van de wederpartij van de consument.”

Een andere mogelijkheid is de toetsing aan art. 6:248 lid 2. De redenering die de rechter dan volgt is dat het beroep op een onredelijk bezwarend beding - ook als op de vernietigbaarheid daarvan geen beroep is gedaan - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Cauffman c.s. stellen dat de mogelijkheid van een beroep op art. 6:248 lid 2 niet lijkt te volstaan om te voldoen aan de Europese vereisten, omdat dit artikel slechts met grote terughoudendheid wordt toegepast en derhalve geen equivalent is van de niet-bindendheid die volgens het richtlijnvoorstel als algemene regel oneerlijke bedingen dient te sanctioneren.³⁴ De werkgroep is het met deze tegenwerping oneens. Er is immers in het Nederlandse recht een lange lijst van uitspraken te maken waarin onredelijke bedingen in strijd zijn geoordeeld met de goede trouw (naar oud recht)³⁵ dan wel een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht.³⁶

De werkgroep acht beide wegen begaanbaar, maar heeft – gehoord de reacties van de rechtbanken – thans een voorkeur voor de weg van art. 3:40, omdat deze nauwer aansluit bij de gedachte die in het Asturcom-arrest tot uiting komt, namelijk dat de consumentbeschermende regels met recht van openbare orde gelijk zijn te stellen. Bovendien blijft de beoordeling op deze wijze ook gebaseerd op de afdeling inzake algemene voorwaarden, met de daarin geformuleerde specifieke normen. In de tekstvoorstellen (bijlage C) hebben we beide opties opgenomen.

De redenering die de rechter volgt komt dan op het volgende neer:

- ik constateer dat de gebruiker een beroep doet op een onredelijk bezwarend beding;
 - de consument/wederpartij heeft evenwel geen beroep gedaan (ook niet impliciet) op de onredelijkheid van het beding;
 - volgens Europees consumentenrecht mag het beding geen effect hebben;
 - dat betekent dat ik naar Nederlands recht tot het oordeel moet komen dat het beding nietig is op grond van art. 3:40 lid 2 jo 6:233 onder a dan wel 6:236 of 6:237
- dan wel* dat een beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voor het geval de rechter het beding nog niet definitief kan beoordelen, omdat dat oordeel afhangt van omstandigheden die hem nog onvoldoende bekend zijn, zal hij deze omstandigheden nader moeten onderzoeken. De wijze waarop dat kan gebeuren hangt af van de stand van het geding: soms door een comparitie, soms door partijen een akte te laten nemen.

³⁴ Aldus Cauffman c.s. 2009, p. 156. Dit neemt niet weg dat hun voorstel om de term “vernietigbaar” in artikel 6:233 BW te vervangen door de door het richtlijnvoorstel gehanteerde uitdrukking “niet-bindend ten voordele van de consument” overweging verdient.

³⁵ HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, (Saladin/HBU) en HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudovogelpest), HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. Van der Grinten (Van der Meer/Smilde) HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en Antiekstudio/Lelystad).

³⁶ Zie o.a. HR 14 juni 2002, LJV AE0659, NJ 2003, 112 m.nt. Hijma (Bramer/Colpro), HR 25 november 2005, LJV AU4042, NJ 2007, 141 m. nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink).

6. Ambtshalve toetsing in de praktijk

6.1 *Alleen toetsing van een beding waarop een beroep wordt gedaan*

Een beding in algemene voorwaarden is voor de beoordeling van een vordering alleen relevant (en komt dus alleen voor ambtshalve toetsing in aanmerking) als er een beroep op wordt gedaan. Immers alleen dan heeft het beding rechtsgevolgen. Het is dus niet nodig in elke zaak waarin de wederpartij consument is de algemene voorwaarden op te vragen.

6.2 *Een expliciet beroep op een beding*

Als de gebruiker zich jegens een consument expliciet op een beding beroept, zal de rechter de redelijkheid van dat beding (zo nodig ambtshalve) moeten beoordelen. In paragraaf 6.4 e.v. gaan we daarop uitgebreider in.

6.3 *Een impliciet beroep op een beding*

Kan de gebruiker van algemene voorwaarden nu aan (ambtshalve) toetsing ontkomen door de vordering zo in te kleden dat niet duidelijk is dat deze mede is gebaseerd op een beding in algemene voorwaarden? Kan hij bijvoorbeeld eenvoudigweg melding maken van verzonden facturen zonder dat hij vermeldt dat één van die facturen gebaseerd is op een boetebeding in algemene voorwaarden?

Naar de werkgroep meent is het antwoord op deze vraag niet af te leiden uit de rechtspraak van het HvJ, maar is dit een kwestie van nationaal procesrecht: het gaat hier om de substantiëringsplicht van art. 21 Rv. Van de gebruiker die zijn vordering mede op een beding in algemene voorwaarden baseert mag worden verwacht dat hij zich expliciet op dat beding beroept. Dit is essentiële informatie om (al dan niet bij verstek) de gegrondheid van de vordering te kunnen beoordelen, waarbij immers de redelijkheid van het beding (zo nodig ambtshalve) zal moeten worden getoetst.

Dit betekent dat de rechter die de indruk heeft dat er een ‘impliciet’ beroep wordt gedaan op een beding, op grond van art. 22 Rv. van de gebruiker van dat beding kan vragen de opbouw van de vordering nader toe te lichten en indien daarbij een beroep op algemene voorwaarden wordt gedaan, deze in het geding te brengen.³⁷

6.4 *Waar zitten nu die onredelijke bedingen (vooral)?*

Op basis van de gehouden enquête is de werkgroep tot de conclusie gekomen dat er op dit moment twee soorten zaken zijn waarin veelvuldig onredelijke bedingen worden aangetroffen: creditcardzaken en telefoonzaken (paragrafen 6.5 en 6.6). Dit zijn twee soorten zaken waarin ambtshalve toepassing geboden is en die zo vaak voorkomen dat een landelijk uniforme aanpak aanbevelenswaardig is.

Verder zullen we hierna een aantal bedingen noemen die met enige regelmaat voorkomen en tot ambtshalve ingrijpen zouden kunnen leiden, maar die niet specifiek voor een bepaalde branche zijn. Als de rechter constateert dat op een dergelijk beding een beroep wordt gedaan,

³⁷ Als een partij niet aan dit verzoek voldoet, zal de rechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht.

zal hij zich wel bewust moeten zijn van zijn gehoudenheid het beding ambtshalve te toetsen (zie paragraaf 6.7).

Tot slot signaleren we andere consumentbeschermende bepalingen die zich voor ambtshalve toetsing kunnen lenen (paragraaf 6.8).

6.5 Creditcards

Versillende creditcardmaatschappijen hanteren in hun algemene voorwaarden een boete per dag dat de creditcard na beëindiging van het contract te laat is ingeleverd, zonder dat aan die boete een maximum is gesteld.

Een boetebeding staat als onderdeel op de bij de Richtlijn oneerlijke bedingen gevoegde indicatieve lijst (de ‘blauwe’ lijst). Als oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen kan dus worden aangemerkt *“een beding dat tot doel of tot gevolg heeft de consument die zijn verbintenis niet nakomt een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen.”*

Een boetebeding kan onredelijk zijn als de boete ongelimiteerd op kan lopen, maar ook als deze niet in redelijke verhouding staat tot het mogelijke nadeel bij niet nakoming. Een dergelijk beding zal dus bij ambtshalve toetsing als niet bindend moeten worden beschouwd.

De werkgroep meent dat een zekere prikkel tot nakoming van de verplichting tot teruggave van een creditcard wel op zijn plaats is. Ook al kan een creditcardmaatschappij de kaart blokkeren, zodat de meeste transacties niet meer mogelijk zijn, bepaalde soorten transacties worden nog altijd niet elektronisch afgehandeld en blijven dus toch mogelijk, zodat er nog een zeker risico bestaat dat misbruik wordt gepleegd.³⁸ Anderzijds leert de ervaring dat in betrekkelijk weinig gevallen daadwerkelijk schade wordt gesteld door misbruik van de kaart na het verstrijken van de looptijd. Bovendien kan die schade afzonderlijk gevorderd worden; het boetebeding betreft dus louter een prikkel tot nakoming en is geen gefixeerde schadevergoeding.

Bij de toetsing van boetebedingen speelt de rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 6:94 een rol. Indien hierop geen beroep wordt gedaan (zoals in verstekzaken) bestaat dezelfde bevoegdheid op grond van het ambtshalve toe te passen art. 6:248 lid 2.³⁹

In het arrest Meurs/NWM⁴⁰ werd in cassatie gesteld dat bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van een boetebeding de rechterlijke matigingsbevoegdheid niet in de beschouwing mag worden betrokken. Dat is volgens de HR niet juist:

“Het oordeel van het hof vindt steun in de parlementaire geschiedenis, waarin is opgemerkt dat de omstandigheid dat boetebedingen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, gematigd kunnen worden op grond van art. 6:94 lid 1 BW moet worden meegewogen bij de afweging in het kader van art. 6:233, onder a, BW (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), blz. 1743). Dat de rechter deze bevoegdheid tot matiging terughoudend moet hanteren⁴¹, neemt niet weg dat met die bevoegdheid rekening moet worden gehouden.”

Dit brengt Schelhaas tot de conclusie dat de matigingsbevoegdheid in de regel de voorkeur geniet boven vernietiging van het beding, want wanneer in het kader van de open norm moet

³⁸ Dit betekent dat denkbaar is dat in de toekomst de situatie wordt bereikt waarin de creditcardmaatschappij door het blokkeren van de card alle transacties onmogelijk kan maken, waardoor zij geen redelijk belang meer heeft bij het boetebeding.

³⁹ Vgl. Schelhaas 2006. De werkgroep meent dat nu de grondtoon van de in hoofdstuk 2 besproken uitspraken is dat de rechter ook ambtshalve de consument moet beschermen er reden is in verstekzaken op dezelfde voet te matigen als in zaken op tegenspraak.

⁴⁰ HR 24 maart 2006 NJ 2007, 115 m.nt. HJS (Meurs/NWM)

⁴¹ Zoals ook beslist in HR 27 april 2007 NJ 2007, 262.

worden bedacht dat de boete nog kan worden gematigd, kan de boete niet spoedig onredelijk bezwarend zijn. Dat is anders als bij voorbaat ('ex ante') vaststaat dat de boete onredelijk is.⁴²

Deze uitzonderingssituatie doet zich bij creditcards voor, immers het gaat niet om een gefixeerde schadevergoeding maar om een prikkel tot nakoming ter voorkoming dat de creditcardmaatschappij een bepaald risico loopt. De omvang van eventueel te lijden schade door onbevoegd gebruik wordt niet door het boetebeding gedekt, nu deze immers afzonderlijk gevorderd kan worden.

In deze situatie kan ex ante worden beslist dat een bepaalde boete nog wel en een andere boete niet meer als *onevenredig hoge schadevergoeding* in de zin van de richtlijn kan gelden en dus onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:233 onder a. Het voorstel van de werkgroep is die grens te leggen bij EUR 1000. Dit betekent vernietiging van bedingen waarbij de boete tot meer dan EUR 1000 kan oplopen; geen matiging van een beding dat recht geeft op een te hoge boete.⁴³

Indien samen met of in plaats van een boete een dwangsom wordt gevorderd, is ons voorstel de dwangsom c.q. de boete en de dwangsom samen in ieder geval niet hoger te stellen dan EUR 1000.

6.6 Telefoonabonnementen

Bij de gerechten wordt een groot aantal zaken aangebracht waarin een abonnee zijn abonnementskosten voor mobiele telefonie niet tijdig heeft betaald. Het gaat in de regel om abonnementen met een vaste minimumduur, meestal 24 maanden, waarbij het bijna altijd zo is dat de abonnee een gratis toestel heeft ontvangen. Als hij niet tijdig betaalt, wordt zijn toestel geblokkeerd, waardoor er niet meer mee gebeld kan worden en wordt het restant van de abonnementsgelden over de abonnementsperiode op grond van de overeengekomen algemene voorwaarden onmiddellijk opeisbaar.⁴⁴

Ook dit is een boetebeding in de zin van onderdeel e van de 'blauwe' lijst. Door het ontbreken van de tegenprestatie, krijgt het over de restant-looptijd verschuldigde bedrag immers het karakter van een gefixeerde schadevergoeding.⁴⁵

⁴² Schelhaas 2006, p. 253.

⁴³ Dat zou immers neerkomen op een soort conversie waarbij de gebruiker zonder enig risico een te hoge boete kan bedingen. Dat is zeker in consumententransacties in strijd met de gedachte van de richtlijn (art. 6) dat oneerlijke bedingen de consument niet binden en dat gebruik van oneerlijke bedingen in algemene zin moet worden aangepakt (art.7). Dit sluit niet uit dat bij wijze van overgangsmaatregel een matiging tot EUR 1000 zou kunnen worden toegepast.

⁴⁴ Let op dit gaat om wanbetaling door de consument en dus niet om de in art. 7.2a Telecommunicatiewet geregelde situatie dat de consument zelf de relatie wil beëindigen, nadat de bepaalde minimale contractduur is verstreken. Art. 7.2a van de Telecommunicatiewet luidt:

1. *De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een onbepaalde duur, kan door de consument te allen tijde kosteloos worden opgezegd.*

2. *De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een bepaalde duur, kan na verloop van die duur stilzwijgend worden verlengd of vernieuwd, mits de consument de overeenkomst hierna te allen tijde kosteloos kan opzeggen.*

3. *De bij de opzegging door de consument in acht te nemen termijn is in alle gevallen niet langer dan een maand.*

⁴⁵ Weliswaar is uitgangspunt "een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming", vgl. HR 10 juli 2009, LJN BI3402 (overigens geen consumentenovereenkomst), maar door de ontbinding ontstaat een onevenwichtigheid als de telefoonmaatschappij die nakoming wel van de consument kan eisen zonder dat hij zelf nog hoeft na te komen.

De mogelijke onevenredigheid van de boete is gelegen in het feit dat de consument het restant van het abonnement moet betalen, terwijl hij de daartegenover staande prestatie (gebruik van de telefoon) moet missen. Daar staat echter tegenover dat hij een gratis toestel heeft ontvangen, dat vaak niet wordt teruggevorderd. De waarde van dat (doorgaans ook 'los' tegen een bepaalde prijs verkrijgbare) toestel zit in de abonnementsprijs verdisconteerd. Verder heeft de telefoonmaatschappij vaste kosten en derft zij winst.

Een bijzonder probleem hierbij is dat de mate waarin de telefoonmaatschappijen informatie verstrekken uiteenloopt. Naar de werkgroep meent zal de telefoonmaatschappij voor een goede beoordeling altijd ten minste de volgende informatie moeten verstrekken:

- het contract en de algemene voorwaarden
- de hoedanigheid van de wederpartij (wel of niet consument)
- een opgave van:
 - de looptijd van het abonnement,
 - de maandelijkse abonnementsprijs (inclusief eventueel beltegoed),
 - de verkoopwaarde van een (eventueel) verstrekt toestel op het moment dat dit is verstrekt,
 - het aantal maanden dat de abonnee de abonnementsprijs heeft betaald.

Als deze informatie niet volledig is, zal de eiser in de gelegenheid moeten worden gesteld om alsnog te voldoen aan zijn substantiëringsplicht.

Indien deze informatie wordt verschaft zal de rechter in veel gevallen tot het oordeel komen dat het bovengenoemde beding onredelijk bezwarend is en dat dit buiten toepassing moet blijven. In veel gevallen vordert de telefoonmaatschappij subsidiair vergoeding van geleden schade. In dergelijke gevallen moet worden beoordeeld of een schadevergoeding (op grond van artikel 6:277) kan worden toegewezen. Wij gaan eerst in op de wijze waarop deze berekend zou kunnen worden (de *lange route*). Vervolgens heeft de werkgroep een voorstel voor een *korte route*.

de lange route

Uitgangspunt is dat een beding waarbij het restant van de abonnementsperiode onmiddellijk opeisbaar is als onredelijk bezwarend boetebeding vernietigd moet worden. Als er voor de consument na betaling weer de mogelijkheid ontstaat gedurende de resterende abonnementsperiode van zijn telefoon gebruik te maken, kan dat tot een ander oordeel leiden.

Als het beding dat tot vervroegde opeisbaarheid leidt wordt vernietigd, zal wel (zo nodig met aanvulling van rechtsgronden) een redelijke schadevergoeding moeten worden vastgesteld, omdat de abonnee immers door niet tijdig te betalen zijn verbintenis niet nakomt. Daarbij kan de schade op de voet van art. 6:97 worden geschat, nu deze naar zijn aard niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. In de rechtspraak is deze tendens reeds waarneembaar. Het onderstaande voorstel van de werkgroep is geïnspireerd op een niet gepubliceerde uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 17 februari 2009 (bijlage 4).

De werkgroep is van mening dat het uitgangspunt moet zijn dat de abonnementsprijs moet worden gesplitst in een belcomponent en een toestelcomponent. Als uitgangspunt kan worden genomen dat over de resterende looptijd de belcomponent voor de helft als schadevergoeding kan worden gevorderd, terwijl de toestelcomponent in zijn geheel als schade geldt. De formule voor schadevergoeding (bij een looptijd van 24 maanden) luidt dan als volgt:

Schade = restant toestelwaarde⁴⁶ + helft van onbetaalde maandelijkse belcomponenten.

Anders gezegd: een matiging met de helft van de belcomponent over de onbetaalde maanden.

Hierbij geldt: Restant toestelwaarde = toestelwaarde x ($\frac{\text{onbetaalde termijnen}}{24}$)

$$\text{Belcomponent} = \text{maandtermijn} - \left(\frac{1}{24} \times \text{toestelwaarde}\right)$$

Rekenvoorbeeld:

Toestelwaarde:	240
Termijnen betaald:	4 (dus onbetaald 20)
Maandbedrag:	30
Vordering op basis van onmiddellijke opeisbaarheid:	20 x 30 = 600.

Restant toestelwaarde = 240 x (20/24) = 200

Belcomponent = 30 - (240/24) = 20.

Schade = 200 (restant toestelwaarde) + (20 (maanden) x 10 (½ belcomponent: ½ van 20)) = 400

Anders gezegd: de schadevergoeding wordt gematigd met 20 x 10 = 200.

De werkgroep realiseert zich dat deze rekenregel mogelijk niet in alle gevallen bruikbaar zal zijn en/of bij nieuwe abonnementsvormen niet passend kan zijn.⁴⁷ Dat moet echter worden afgewogen tegen de sterke behoefte dat deze zaken landelijk uniform worden benaderd.

de korte route

De werkgroep is van mening dat het efficiënt is de telefoonmaatschappijen de mogelijkheid te bieden hun vordering op zodanige wijze te beperken dat dit in de regel tot een resultaat leidt dat grosso modo overeenkomt met toepassing van de bovenomschreven 'lange route' en om dan in beginsel zonder nader onderzoek dergelijke vorderingen toe te wijzen.

De werkgroep stelt daarom voor om als de telefoonmaatschappij de vordering beperkt tot 75% van de resterende abonnementstermijnen als volgt te handelen:

- in verstekzaken wordt het gevorderde zonder nader onderzoek toegewezen omdat er vanuit wordt gegaan dat hiermee een redelijke matiging van de bedongen schadevergoeding heeft plaatsgevonden, zodat van een onredelijk bezwarend boetebeding geen sprake is; de hierboven genoemde informatie is voor de beoordeling van het beding dan niet nodig. Deze behoefte niet in de dagvaarding te staan en wordt ook niet opgevraagd.

⁴⁶ Hierbij dient naar onze mening uit te worden gegaan van de winkelwaarde inclusief BTW, niet de inkoopprijs voor de telefoonmaatschappij.

Zou men al menen dat de halvering van de belcomponent een vrij forse matiging is, dan dient te worden bedacht dat op het toestel in deze opzet de volledige winst wordt gemaakt.

⁴⁷ Denk ook aan de situatie dat de abonnee na betaling weer gebruik van zijn telefoon kan maken.

- in zaken op tegenspraak wordt alleen als tegen de hoogte van de aldus gematigde vordering verweer wordt gevoerd een nader onderzoek ingesteld naar de vraag of (verdere) matiging op zijn plaats is, waarbij alsnog de ‘lange route’ wordt gevolgd.

De werkgroep meent dat deze aanpak zowel voor de telefoonmaatschappijen als voor de consument en de rechtbank efficiënt is en in de regel tot een resultaat zal leiden dat niet sterk afwijkt van de hierboven voorgestelde rekenregel, terwijl door de mogelijkheid om in individuele gevallen af te wijken van deze 75%-regel een rechtvaardige oplossing in een van de massa afwijkend bijzonder geval mogelijk blijft.

6.7 Overige met regelmaat voorkomende bedingen waarop de rechter alert dient te zijn

De zwarte en grijze lijst (art. 6:236-237) bevatten elk veertien bedingen, de blauwe lijst bevat er ook nog eens zeventien. Veel van deze bedingen komen (in Nederland) weinig voor. Hieronder noemen we een aantal bedingen die wel met enige regelmaat voorkomen. De rechter dient hierop alert te zijn als hij dergelijke bedingen tegenkomt.

- *Bedongen vergoeding bij niet afnemen van bestelde zaken*

Hier dient art. 6:237 onder i ambtshalve te worden toegepast.⁴⁸

- *Bedingen waarbij de ontbindingsmogelijkheid of de opschortingsbevoegdheid van de consument wordt beperkt of uitgesloten*

Dit dient te worden aangepakt via respectievelijk 6:236 onder b en c; een beroep op een dergelijk beding kan blijken uit de weergave van het verweer in de dagvaarding

- *Bedingen waarin aangetekende verzending van opzeggingen, klachten of gebruik van een formulier wordt vereist.*

Deze en dergelijke 'vormvereisten' vallen onder art. 6:236 onder l en 6:237 onder m. Ook een beroep op een dergelijk beding kan blijken uit de weergave van het verweer in de dagvaarding.

- *Beroep op het beding dat verrekening door consument geheel of gedeeltelijk is uitgesloten*

Hierop is art. 6:237 onder g j^o onderdeel b van de blauwe lijst van toepassing. Nu het om een grijs beding gaat is het wenselijk de gebruiker gelegenheid te geven het beding toe te lichten. Een beroep op een dergelijk beding kan blijken uit weergave van het verweer en de bespreking daarvan in de dagvaarding. Het beding is met name van belang als geen reconventie is ingesteld.

- *Bedingen volgens welke de consument ervoor tekent dat de algemene voorwaarden de consument bekend zijn en dat hij ze aanvaardt, zonder dat van uitreiking of daadwerkelijke kennisname is gebleken*

Dergelijke bedingen kunnen onredelijk bezwarend zijn op grond van 6:233 onder a, zie ook onderdeel i van de blauwe lijst.

Ook hier kan het nodig zijn ter comparitie een toelichting te vragen.⁴⁹

⁴⁸ Zie over deze en de hieronder genoemde bepalingen van de zwarte, grijze en blauwe lijst: Wessels, De zwarte lijst en Jongeneel, De grijze lijst, in: Wessel/Jongeneel/Hendrikse (red.) Algemene voorwaarden, Deventer (2006), hoofdstukken 11 en 12, waar alle onderdelen van de lijsten besproken worden.

- *Exoneratieclausules*

Deze staan op de grijze lijst (onderdeel f) en ook nog eens op de blauwe lijst (onderdeel a en b), waarbij het afzonderlijk noemen van exoneratie voor personenschade opvalt. Art. 6:237 onder f zal op dit punt richtlijnconform moeten worden uitgelegd.⁵⁰

- *Niet op de lijst – toch onredelijk bezwarend*

Tot slot willen we nog benadrukken dat de ambtshalve toetsing niet beperkt is tot de lijsten. De praktijk is inventief in het bedenken van allerlei constructies die onredelijk (kunnen) zijn. Ook een beding dat niet op een van de lijsten staat moet ambtshalve getoetst worden met inachtneming van de open norm van art. 6:233 onder a, met als gevolg dat de rechter als hij het beding onredelijk bezwarend bevindt tot het oordeel komt dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

6.8 *Andere consumentbeschermende bepalingen*

Hoewel de ervaring uit de praktijk tot nog toe niet in die richting wijst, zou ambtshalve toetsing aan Europees consumentenrecht ook nog ruimer een rol kunnen spelen, waarbij met name aan de volgende branches en verkoopmodaliteiten kan worden gedacht:

Branches:

- consumentenkoop
- consumentenkrediet
- pakketreizen

Verkoopmethoden:

- verkoop op afstand (online en postorderverkoop etc.)
- colportage
- timesharing

Nederlandse rechtspraak waarin ambtshalve aan andere richtlijnen dan de Richtlijn oneerlijke bedingen is getoetst, heeft de werkgroep echter (nog) niet gevonden.

6.9 *Aanpak in verstekzaken*

Hoe is het bovenstaande nu te realiseren in verstekzaken? Deze worden er door gekenmerkt dat grote aantallen zaken door de ondersteuning, doch onder verantwoordelijkheid van de rechter worden verwerkt. Naar wij menen kan hier het uitgangspunt zijn: geen “*opsporing*” van onredelijk bezwarende bedingen, maar wel “*signaleren*” van wat verdacht is. Dat

⁴⁹ Zie over dergelijke bedingen ook: Rinkes, algemene vernietigingsgronden, de informatieplicht, in: Wessel/Jongeneel/Hendrikse (red.) Algemene voorwaarden, Deventer (2006), p. 160.

⁵⁰ Omdat het gaat om een ‘indicatieve lijst’ zal evenwel aan de plaatsing van personenschade op de blauwe lijst geen doorslaggevende betekenis toekomen in die zin dat een exoneratie voor personenschade als ‘zwart’ beding moet worden behandeld, maar het beding moet wel als ‘extra verdacht’ worden gezien.

betekent dat van een standaard aanpak gericht op informatievergaring in alle zaken met het oog op mogelijke ambtshalve toetsing niet nodig is.

De werkgroep stelt voor medewerkers die met het verwerken van verstekken belast zijn gedurende een dagdeel te trainen in het herkennen van mogelijk onredelijke bedingen. Daarbij kan een korte uiteenzetting aan de hand van dit rapport en een aantal voorbeelden ontleend aan dit rapport en de in dit rapport genoemde lagere rechtspraak het uitgangspunt zijn.

Bij de beoordeling van verstekzaken zal uitgangspunt moeten zijn: wat er normaal uitziet kan door, wat ‘verdacht’ is moet aan de rechter worden voorgelegd.

Voor de branches die hierboven als problematisch zijn gesignaleerd (en voor branches die dat in de toekomst blijken te zijn) zal tussen rechters en ondersteuning een aanpak moeten worden afgesproken. Omdat er grote locale verschillen kunnen zijn in de omvang en samenstelling van het zaaksaanbod en in de mate waarin door betrokkenen wordt gereageerd op het rechterlijk beleid inzake ambtshalve toetsing, ziet de werkgroep er vanaf hiervoor voorstellen te doen.

7. Aanbevelingen

Het voorafgaande leidt tot de volgende aanbevelingen

1. Als de rechter constateert dat een partij een beroep doet op een beding dat (mogelijk) in strijd is met het Europees consumentenrecht, dient hij dat beding ambtshalve te toetsen. *(hoofdstukken 2-4)*
2. De ambtshalve toetsing van bedingen geschiedt door toepassing van het nationale recht en wel op basis van art. 3:40 lid 2 jo 6:233 onder a dan wel 6:236 of 237 of op basis van art. 6:248 lid 2; de eerste weg heeft de voorkeur. *(hoofdstuk 5)*
3. Indien aan de vordering een mogelijk onredelijk beding ten grondslag ligt, zonder dat dit wordt vermeld, zal de rechter de gebruiker van het beding op grond van de substantiëringsplicht moeten opdragen zijn beroep op het beding expliciet te maken.⁵¹ *(paragraaf 6.3)*
4. In creditcardzaken dient een beding dat op het niet tijdig inleveren van een creditcard een boete stelt die hoger kan oplopen dan EUR 1000 (zo nodig ambtshalve) te worden vernietigd. Indien samen met of in plaats van een boete een dwangsom wordt gevorderd, zal de dwangsom of zullen de boete en de dwangsom samen in ieder geval niet hoger moeten worden gesteld dan EUR 1000.
Als overgangsmaatregel kunnen bedingen die tot een hogere boete dan €1000 leiden in het kalenderjaar 2010 gematigd worden tot €1000 in plaats van deze volledig te vernietigen. *(paragraaf 6.5)*
5. In telefoonzaken dienen de in paragraaf 6.6. genoemde minimumeisen te worden gesteld aan de in de dagvaarding te verstrekken informatie. Indien beroep wordt gedaan op een beding dat leidt tot onmiddellijke opeisbaarheid van de resterende abonnementstermijnen zonder dat de abonnee nog kan bellen, zal een dergelijk boetebeding (zo nodig ambtshalve) moeten worden vernietigd. Bij de begroting van de schade van de telefoonmaatschappij kan de onder 6.3 genoemde rekenregel worden toegepast als deze in de gegeven omstandigheden passend is. *(lange route, zie paragraaf 6.6)*
6. In telefoonzaken kan in gevallen waarin een beroep wordt gedaan op een beding dat leidt tot onmiddellijke opeisbaarheid van de resterende abonnementstermijnen zonder dat de abonnee nog kan bellen, het gevorderde in verstekzaken en in zaken op tegenspraak waarin tegen de hoogte van deze boete geen verweer wordt gevoerd zonder nader onderzoek worden toegewezen, als de vordering wordt beperkt tot 75% van het volgens het beding verschuldigde bedrag. *(korte route, zie paragraaf 6.6)*

Bovenstaande aanbevelingen zijn aanvaard in de vergadering van het LOVCK van 1 februari 2010. Deze aanbevelingen binden de rechter niet en zijn dus geen rechtsregels in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie.

⁵¹ Indien desgevraagd niet aan de substantiëringsplicht wordt voldaan, zal de rechter hieruit de gevolgtrekkingen kunnen maken die hij geraden acht.

8. Evaluatie

Het rapport en de aanbevelingen zullen twee jaar na de inwerkingtreding (dus rond 1 juli 2012) worden geëvalueerd. Evaluatie zal indien dit nodig mocht blijken eerder plaatsvinden.

BIJLAGE 1

Jurisprudentieoverzicht

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen:

- HvJ 17 december 2009, C-227/08 (Martín Martín)
- HvJ 6 oktober 2009, C-40/08 (Asturcom).
- HvJ 4 juni 2009, C-243/08, NJ 2009, 395 m.nt. Mok (Pannon).
- HvJ 4 oktober 2007, NJ 2008, 37 (Rampion).
- HvJ 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro).
- HvJ 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger).
- HvJ 21 november 2002, NJ 2003, 703 (Cofidis).
- HvJ 27 juni 2000, NJ 2000, 730 (Océano).

Hoge Raad:

- HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115 m.nt. HJS (Meurs/NWM).

Gerechtshoven:

- Hof 's Hertogenbosch 17 maart 2009 LJN: BH6958, NJF 2009, 285
- Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2009 (ongepubliceerd, zie bijlage 5).
- Hof 's Hertogenbosch 9 januari 2007, LJN: AZ5890.
- Hof 's-Gravenhage 1 april 2004, Prg 2004, 6251, m.nt. Abas.
- Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622 en Prg 2003, 6032.

Rechtbanken:

- Rechtbank Roermond (kanton) 11 november 2009, LJN: BK6492.
- Rechtbank Maastricht (kanton Sittard-Geleen) 4 november 2009, LJN: BK3453.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 14 oktober 2009, LJN: BK1266.
- Rechtbank 's Hertogenbosch (kanton Eindhoven) 8 oktober 2009, LJN: BK0388.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 19 augustus 2009, LJN: BJ8250.
- Rechtbank Rotterdam 10 juli 2009 LJN: BJ3735.
- Rechtbank Haarlem (kanton) 13 mei 2009, LJN: BI5919.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 6 mei 2009, LJN: BI3634.
- rechtbank Arnhem (kanton) 27 april 2009 LJN: BJ1729.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 25 maart 2009 LJN: BH9136, Prg. 2009, 72.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 15 oktober 2008, NJF 2009, 50.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 8 oktober 2008, LJN: BG4338.
- Rechtbank Amsterdam 10 september 2008, LJN: BH2371.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 3 september 2008, LJN: BF0491.
- Rechtbank Rotterdam (kanton) 17 juli 2008, LJN: BD8633.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 16 juli 2008, LJN: BD8246, NJF 2008, 397.
- Rechtbank Maastricht (kanton) 25 juni 2008, LJN: BD6924.
- Rechtbank Rotterdam (kanton) 28 maart 2008, LJN: BC8047.
- Rechtbank Assen (kanton) 12 februari 2008, LJN: BC 4373.
- Rechtbank Rotterdam 13 november 2007, NJF 2008, 119.
- Rechtbank Maastricht 26 september 2007, LJN: BB5760.
- Rechtbank Rotterdam (kanton) 2 augustus 2007, Prg. 2008, 37.
- Rechtbank Rotterdam (kanton) 12 juli 2007, LJN: BB4245.
- Rechtbank Assen (kanton) 12 april 2007, LJN: BA2859.

Bijlage 2

Literatuuroverzicht

- Van Aerde 2009
A.M. van Aerde, Europees recht en het stelsel van art. 24 en 25 Rv, Maandblad vermogensrecht 2009, nr. 6, p. 133-141.
- Ancery en Krans 2009
A.G.F. Ancery en H.B. Krans, Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, RM Themis 2009, p. 191-200.
- Cauffman c.s. 2009
C. Cauffman, M. Faure, T. Hartlief, Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland, eindrapport in opdracht van WOCD, Maastricht (2009).
- Damminga 2007
S.R. Damminga, De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, in: De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer (2007), p. 179-191.
- Fikkers 2003
H.A.G. Fikkers, 'Algemene voorwaarden en de verhouding tussen art. 6:233 sub a en art. 6:248 lid 2 BW', NbBW 2003 nr. 6, p. 84-86.
- Frenk 2001
N. Frenk, 'Ambtshalve toetsing van dwingend Europees consumentenrecht: gevolgen van het arrest van het Europese Hof van Justitie van 27 juni 2000 voor het Burgerlijk Wetboek', WPNR 2001 nr. 6431, p. 73-75.
- Freudenthal & Van Ooik 2007
M. Freudenthal en R.H. van Ooik, Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red), De invloed van het Europees recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer: Kluwer 2007.
- De Grave 2009
D.J.M. de Grave, Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief, SEW 2009, p. 12-20.
- Van Haersolte-Van Hof & Kreijger 2007
J.J. van Haersolte-van Hof & P.J. Kreijger, 'Mostaza Claro/Centro Móvil', NTER 2007 nr. 1/2, p. 23-26.
- Hartkamp 2007 a
A.S. Hartkamp, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht, inaugurele rede 31 oktober 2007, Deventer: Kluwer 2007.
- Hartkamp 2007 b
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. Heeft de Hoge Raad de jurisprudentie van het Hof van Justitie gemist?', WPNR 2007 nr. 6736, p. 1055-1058.
- Hartkamp 2009
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden', WPNR 2009 nr. 6813.
- Hartkamp 2010
A.S. Hartkamp, De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter, te verschijnen in RM Themis 2010.
- Hendrikse 2005
M.L. Hendrikse, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', NTHR 2005 nr. 5, p. 189-196.
- Hondius 2000
E.H. Hondius, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit', WPNR 2000 nr. 6417, p. 651-652.
- Koekkoek 2007
S.J.S. Koekkoek, Ambtshalve toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden (scriptie), <http://www.njblog.nl/wp-content/uploads/scriptie-koekkoek.doc>.
- Loos 2001 a
M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- Loos 2001 b
M.B.M. Loos, 'Europese toetsing van algemene voorwaarden. Noot bij HvJ EG 27 juni 2000', NTBR 2001 nr. 2, p. 98-102.
- Loos & Wiersma 2002
M.B.M. Loos & H.W. Wiersma, 'Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie', WPNR 2002 nr. 6486, p. 329-332.

- Loos 2003
M.B.M. Loos, 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd', NTER 2003 nr. 3, p. 71-74.
- Loos 2007
M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?', WPNR 2007 nr. 6727, p. 867-869.
- Pavillon 2006
C.M.D.S. Pavillon, 'De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik', VrA 2006 nr. 2, p. 25-70.
- Pavillon 2007
C.M.D.S. Pavillon, 'De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen', NTBR 2007 nr. 17,
- Prechal 2001
S. Prechal, 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg', NTER 2001 nr.4, p. 104-108
- Schelhaas 2006
H.N. Schelhaas, 'Matiging versus vernietigbaarheid van een contractuele boete (HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311)', NTBR 2006 nr. 6, p. 249-255.
- Snijders 2009
H.J. Snijders, Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), reactie op Hartkamp, WPNR (2009) 6813 en een korte bespreking van het nog recentere Asturcom-arrest, WPNR 2009, nr. 6823, p. 998-1002.
- Snijders 2008
H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', WPNR 2008 nr. 6761, p. 541-551.
- Wessels en Wissink 2006
B. Wessels en M.H. Wissink, Inleiding (waarin 1.6.3. Ambtshalve toetsing) , in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse, Algemene voorwaarden, Deventer (2006), p. 1-30.

BIJLAGE 3

Meest relevante consumentbeschermende richtlijnen

Richtlijn 93/13/EEG van de raad van 5 april 1993 betreffende **oneerlijke bedingen** in consumentenovereenkomsten (pb l 95 van 21. 4. 1993, blz. 29).

Richtlijn 85/577/EEG van de raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (pb l 372 van 31. 12. 1985, blz. 31). [**colportage**]

Richtlijn 87/102/EEG van de raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het **consumentenkrediet** (pb l 42 van 12. 2. 1987, blz. 48), gewijzigd bij richtlijn 98/7/eg (pb l 101 van 1. 4. 1998, blz. 17).

Richtlijn 90/314/EEG van de raad van 13 juni 1990 betreffende **pakketreizen**, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten (pb l 158 van 23. 6. 1990, blz. 59).

Richtlijn 94/47/EG van het europees parlement en de raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (pb l 280 van 29. 10. 1994, blz. 83). [**timesharing**]

Richtlijn 97/7/EG van het europees parlement en de raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij **op afstand gesloten overeenkomsten** (pb l 144 van 4. 6. 1997, blz. 19).

Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de **verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen**

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("**Richtlijn inzake elektronische handel**")

Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Statens inzake de aansprakelijkheid voor **produkten met gebreken**
Publicatiedatum 07-08-1985 Gepubliceerd in Publicatieblad L-reeks 1985 nr: 210 blz: 0029 - 0033

Richtlijn 1999/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 1999 **tot wijziging** van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken Publicatiedatum 04-06-1999 Gepubliceerd in Publicatieblad L-reeks 1999 nr: 141 blz: 0020 – 0021.

Alleen relevant: verbod voor de producent om aansprakelijkheid voor productaansprakelijkheid contractueel te beperken, zie art. 12 RL en het daarop gebaseerde art. 6:192 BW).

MINDER RELEVANT (want bevatten geen normen voor de met consumenten te sluiten overeenkomsten):

Richtlijn 84/450/EEG van de raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake **misleidende reclame** (pb l 250 van 19. 9. 1984, blz. 17).

Richtlijn 92/28/EEG van de raad van 31 maart 1992 betreffende **reclame voor geneesmiddelen** voor menselijk gebruik (pb l 113 van 30. 4. 1992, blz. 13).

Richtlijn 92/59/EEG van de Raad van 29 juni 1992 inzake algemene **productveiligheid** Publicatiedatum 11-08-1992 Gepubliceerd in Publicatieblad L-reeks 1992 nr: 228 blz: 0024 – 0032

Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 december 2001 inzake **algemene productveiligheid** (Voor de EER relevante tekst)

Publicatiedatum 15-01-2002 Gepubliceerd in Publicatieblad L-reeks 2002 nr: 011 blz: 0004 - 0017

Verordening (EG) nr. 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de **levensmiddelenwetgeving**, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden
Publicatiedatum 01-02-2002 Gepubliceerd in Publicatieblad L-reeks 2002 nr: 031 blz: 0001 - 0024

BIJLAGE 4

zaaknr. HD 103.004.047

ARREST VAN HET GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH, sector civiel recht,

eerste kamer, van 17 februari 2009, gewezen in de zaak van:

de naamloze vennootschap ORANGE NEDERLAND N.V.,
rechtsopvolgster van Dutchtone N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. M.J. Koning,

tegen:

MARCO MATHIAS HUBERTUS MEIJERS,
wonende te Lage Mierde, gemeente Reusel - De Mierden, geïntimeerde,
advocaat: mr. N. Lavrijssen,

als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 27 mei 2008 in het hoger beroep van het door de rechtbank 's-Hertogenbosch, sector kanton, locatie Eindhoven, onder zaaknummer 430733, rolnummer 12179/05 gewezen vonnis van 22 juni 2006. Het hof zal de nummering van dat arrest voortzetten.

6. Het tussenarrest van 27 mei 2008

Bij genoemd arrest is Orange een bewijsopdracht verstrekt en is iedere verdere beslissing aangehouden.

7. Het verdere verloop van de procedure

Ter uitvoering van de bewijsopdracht heeft Orange een akte genomen, waarbij zij producties heeft overgelegd.

De advocaat van Meijers heeft een akte niet in staat genomen, en is dus niet ingegaan op de akte van Orange. Vervolgens heeft Orange de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

8. De verdere beoordeling

8.1. In haar akte heeft Orange een nadere toelichting gegeven op de vordering. Voor zover door de kantonrechter niet reeds toegewezen, bestaat deze uit een vergoeding van €499,70 voor het eerste abonnement en €298,02 voor het tweede abonnement, in totaal €797,72, te vermeerderen met 19% BTW, hetgeen in totaal uitkomt op € 949,29. Het gaat daarbij om de abonnementskosten die Meijers had moeten betalen indien de abonnementen zouden zijn uitgediend. Orange heeft daarbij toegelicht dat zij daarbij uitgaat van de gedeerde abonnementsgelden over de resterende periode, terwijl de hoogte van de gedeerde variabele inkomsten niet met zekerheid kan worden bepaald. Ook de exacte omvang van de kosten die tegenover de gedeerde inkomsten staan valt volgens Orange niet te bepalen. Orange wijst er bovendien op dat zij bij de verlenging van het eerste abonnement een mobiel toestel van het merk Nokia met een marktwaarde van €280,00 om niet ter beschikking heeft gesteld aan Meijers, terwijl bij het aangaan van het tweede abonnement een mobiel toestel van het merk SPV ter waarde van €187,00 om niet ter beschikking is gesteld. Meijers heeft dit alles niet betwist.

8.2. Orange merkt terecht op dat zij recht heeft op een schadevergoeding in verband met het feit dat er door de ontbinding van de overeenkomst geen (volledige) wederzijdse nakoming plaatsvindt. Daarbij kan echter niet zonder meer worden uitgegaan van het totaal van de door Orange gedeerde abonnementsgelden, omdat Orange daartegenover ook kosten heeft moeten maken; Orange erkent dat ook, maar geeft aan die niet precies te kunnen specificeren. Zij stelt dat zij ook winst zou hebben behaald op de thans niet gevoerde gesprekken, en dat daarom vergoeding van de totale abonnementsgelden redelijk is als schadevergoeding.

8.3. Dat de kosten van Orange - zoals het standpunt van Orange impliceert - zouden overeenkomen met de winst die zij zou hebben behaald op de gesprekskosten in de abonnementsperiode na ontbinding acht het hof ook niet voldoende aannemelijk gemaakt.

Het hof zal daarom de omvang van de schade schatten.

Het hof zal de schade naar redelijkheid schatten op de helft van de abonnementskosten die over de periode na de ontbinding verschuldigd zouden zijn geweest. Tevens acht het hof het redelijk dat ook een vergoeding wordt betaald voor de verstrekte telefoons. Die laatste vergoeding zal het hof bepalen door de periode na de ontbinding te delen door de totale abonnementsperiode van telkens 24 maanden. De waarde van het desbetreffende toestel wordt dan met deze breuk vermenigvuldigd om de door Meijers te betalen vergoeding te bepalen.

Dit leidt tot het volgende, waarbij het hof uitgaat van de bij conclusie van repliek verstrekte gegevens, die door Meijers niet zijn weersproken.

8.4. Het eerste abonnement, waarbij Meijers een Nokiatoestel ter waarde van €280,00 is verstrekt, is verlengd op 28 oktober 2004 en beëindigd per 28 februari 2005. Van de op 28 oktober 2004 begonnen abonnementsperiode van 24 maanden waren dus vier maanden verstreken op het moment van de beëindiging.

Orange komt derhalve een vergoeding toe van $20/24 \times €280,00 = €233,33$.

Het tweede abonnement, waarbij Meijers een SPV-toestel ter waarde van €187,00 is verstrekt, is aangevangen op 10 november 2003 en ook beëindigd op 28 februari 2005. Van de totale abonnementsperiode van 24 maanden waren dus (afgerond) 20 maanden verstreken. Orange komt derhalve inzake de toestel een vergoeding toe van $4/24 \times €187,00 =$

€31,17.

8.4. De totale schadevergoeding wordt derhalve bepaald op de helft van €949,29, ofwel €474,65, vermeerderd met €233,33 plus €31,17, derhalve in totaal €739,15.

In zoverre slaagt grief 1.

8.5. Grief 2 richt zich tegen de afwijzing van de buitengerechtelijke incassokosten. Orange heeft thans een uitdraai overgelegd van de door de incassogemachtigde ondernomen activiteiten. Daarmee heeft Orange voldoende aannemelijk gemaakt dat zij meer buitengerechtelijke werkzaamheden heeft verricht dan ter voorbereiding van het geding. Het gevorderde bedrag - overeenkomstig Voorwerk II - van €300,00 zal derhalve alsnog worden toegewezen.

8.6. Naast het door de kantonrechter al toegewezen bedrag van €552,38 zullen bovengenoemde bedragen worden toegewezen. Voor de duidelijkheid zal het hof het vonnis van de kantonrechter in zijn geheel vernietigen.

De wettelijke rente wordt daarbij berekend over de toegewezen bedragen van €739,15 + €552,38 verminderd met het aan rente vóór 24 november 2005 reeds gevorderde bedrag van €44,27, dus over €1.247,26.

Als in het ongelijk gestelde partij zal het hof Meijers in de proceskosten veroordelen. Dit geldt ook voor de kosten in eerste aanleg, nu de oorspronkelijke vordering van Orange voor het grootste deel wordt toegewezen.

9. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch, sector kanton, locatie Eindhoven van 22 juni 2006;

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Meijers tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Orange te betalen een bedrag van €1.491,53 vermeerderd met de wettelijke rente over €1.247,26 vanaf 24 november 2005;

veroordeelt Meijers in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Orange begroot op in eerste aanleg €270,93 voor verschotten en €768,00 voor salaris advocaat en in hoger beroep €319,32 voor verschotten en €948,00 voor salaris advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. Begheyn, Hendriks-Jansen en Feddes en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 17 februari 2009.