

University of Groningen

**'Op de blaren zitten?' Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties**

Pavillon, Charlotte

*Published in:*  
 Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
 Pavillon, C. (2018). 'Op de blaren zitten?' Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2018(1), 2-5.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# ‘Op de blaren zitten?’

## Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties<sup>1</sup>

### 1. Wel of geen gratis opleidingsperiode?

Drie maanden nadat de mbo-opleiding hotelmanagement van start is gegaan, wenst een cursist de onderwijsovereenkomst te beëindigen. Volgens de algemene voorwaarden van Tio Teach B.V. is restitutie onmogelijk: de student is het gehele cursusgeld verschuldigd. Het Hof Den Haag maakt in 2016 korte metten met dit ‘annuleringsbeding’.<sup>2</sup> Een vergelijking met de situatie zonder het beding (de ‘fictievevergelijkingstoets’<sup>3</sup>) leert dat het beding afwijkt van art. 7:408 lid 1 BW, op grond waarvan een opdrachtgever een overeenkomst van opdracht te allen tijde kan opzeggen, en van art. 7:411 BW, op grond waarvan dan een redelijk loon verschuldigd is. Mede gelet op de opleidingsduur (12 maanden) en de hoogte van het cursusgeld (€ 12 600) acht het hof het beding onredelijk bezwarend. In oktober 2017 liet de Hoge Raad dit oordeel in stand.<sup>4</sup>

Het hof heeft na de ambtshalve vernietiging van het beding ex art. 6:233 sub a BW de consument verplicht tot betaling van een ‘redelijk loon’ overeenkomstig art. 7:411 BW, gesteld op 3/12 van het cursusgeld.<sup>5</sup> Deze beslissing is in de literatuur bekritiseerd: Tio Teach zou gelet op de Europese rechtspraak inzake de sanctivering van oneerlijke bedingen ‘op de blaren moeten zitten’ en de consument zou na de vernietiging van het beding niets verschuldigd zijn.<sup>6</sup> Het Hof van Justitie (hierna HvJ) benadrukt immers dat het een zelfstandige doelstelling is van de richtlijn te voorkomen dat verkopers oneerlijke bedingen gebruiken. De vernietiging van bedingen door de rechter is niet alleen bedoeld om de individuele consument te beschermen (art. 6 lid 1 richtlijn) maar moet ook preventief werken (art. 7 lid 1 richtlijn). Die preventiedoelstelling vraagt om afschrikkende sancties (lees een ‘punitief privaatrecht’) waarbij terugvallen op nationaal recht in beginsel niet is toegestaan.<sup>7</sup>

In cassatie is geen incidenteel beroep ingesteld tegen de wijze van sanctivering van het oneerlijke annuleringsbeding. Toch schenkt de conclusie van A-G Wissink hier buiten de bespreking van de klachten de nodige aandacht aan.<sup>8</sup> Dat is prettig. Er is veel onduidelijkheid over de vangnetrol van nationaal recht na de vernietiging van een oneerlijk beding. Het in randnummer 2.23.4 genoemde arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017<sup>9</sup> (in welk arrest werd teruggevallen op art. 6:277 BW) biedt weinig houvast. De Raad laat zich in deze zaak in het geheel niet uit over de reden waarom hij kiest voor de toepassing van aanvullend recht na de vernietiging van het boetebeding. Dat hij de aan de rechtspraak van het HvJ te verbinden gevolgen kennelijk beperkt, wordt niet expliciet gesteld, laat staan onderbouwd. Er is momenteel een vraag ahangig bij het HvJ over de toewijzing van de wettelijke rente na de vernietiging van een vertragsrentebeding (C-94/17, *Banco de Sabadell*) maar het antwoord op deze vraag laat nog even op zich wachten. Ik grijp de conclusie van A-G Wissink aan om een voorzetje te doen. Wat zijn de gevolgen van de vernietiging van een oneerlijk beding?

### 2. Samenloop tussen Europees en nationaal recht

In het voorliggende geval is sprake van samenloop (hierna par. 4) tussen art. 6:233 sub a BW en art. 3:40 lid 2 BW. De A-G vergelijkt het toepassingsgebied en de beschermende strekking van beide bepalingen om na te gaan hoe met deze samenloop moet worden omgegaan. Is hun toepassingsbereik identiek, dan rijst de vraag welke bepaling voorgaat. Zo niet, dan kunnen beide regelingen eerst op hun eigen merites worden beoordeeld om vervolgens, zo nodig, op elkaar te worden afgestemd.

Volgens de conclusie biedt de opdrachttitle ‘in zoverre een verdergaande bescherming dan Richtlijn 1993/13/EEG dat (i) deze bescherming ook wordt geboden indien over het beding onderhandeld zou zijn (zie art. 3 lid 1 Richtlijn 1993/13/EEG) en (ii) geen nadere toets is vereist aan de open norm van art. 3 lid 1 en art. 4

\* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, Rijksuniversiteit Groningen en redactievoorzitter van dit tijdschrift

1. Mijn dank gaat uit naar mr. dr. J.W. Hoekzema, raadsheer in het Hof Amsterdam (Afdeling civiel recht en belastingrecht) en de A-G in deze zaak, prof. mr. W.H. Wissink voor hun waardevolle commentaar.
2. Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486, *NJF* 2016/211, *TvC* 2016, afl. 5, p. 243, m.nt. M.B.M. Loos.
3. HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/374; HvJ EU 16 januari 2014, *NJ* 2014/247; HvJ EU 26 januari 2017, *RCR* 2017/29 en HR 21 april 2017, *RvdW* 2017/520.
4. HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, *NJB* 2017/2093. Art. 7:411 BW is volgens de Hoge Raad ook van toepassing op een vast bedrag als het cursusgeld. Het hof had gebruikgemaakt van de juiste toetsingsmaatstaf.
5. Een vergelijkbare uitkomst bereikte het Hof ‘s-Hertogenbosch in een tussenuitspraak van 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3001.
6. Noot M.B.M. Loos bij Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486, *TvC* 2016, afl. 5, p. 243.
7. HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, r.o. 65-69, *NJ* 2012/512, m.nt. M.R. Mok, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos (*Banesto*); HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 79, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Kásler*); HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, r.o. 60 (*Gutierrez Naranjo*) en HvJ EU 21 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:21, C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, r.o. 31 (*Unicaja Banco en Caixabank*).
8. Conclusie M.H. Wissink voor HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, ECLI:NL:PHR:2017:889.
9. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *RvdW* 2017/520 (*X/Dexia*). Zie ook mijn commentaar bij deze uitspraak: ‘De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets’, *WPNR* 2017, afl. 7163, p. 700-703.

lid 1 van de Richtlijn (randnummer 2.22)’. Omdat het toepassingsbereik verschilt, is volgens de A-G ruimte voor een nadere afstemming.

Daar beide regelingen op onderhavig geval van toepassing zijn, is in mijn optiek echter vooral van belang dat, met het oog op de beoogde minimumharmonisatie *in ieder geval* de door de richtlijn geboden bescherming wordt gegeven. Dit beschermingsniveau vormt een ondergrens. Zo geldt dat de Europese toets en bijbehorende sanctie ambtshalve *moeten* worden toegepast, een verplichting die (vooralsnog) niet geldt voor de toepassing van art. 3:40 lid 2 BW.

Naar hun inhoud verschillen beide toetsen in de praktijk nauwelijks van elkaar. Het onder (ii) genoemde argument, dat in het kader van art. 3:40 lid 2 BW de vaststelling van de afwijking van de wet een abstracte toets vormt waarbij de omstandigheden van het geval geen enkele rol spelen, legt m.i. weinig gewicht in de schaal. Dat een beding dat afwijkt van semi-dwingend recht gelet op de concrete omstandigheden toch eerlijk wordt bevonden, zal zelden voorkomen. De oneerlijkheidstoets neemt immers steeds abstractere vormen aan.<sup>10</sup> Niettemin heeft art. 3:40 lid 2 BW als strikt abstracte toets een streepje voor. Bij de toepassing van die toets wordt het minimumbeschermingsniveau zeker behaald.

Of beschermingsniveau wordt behaald, hangt evenwel ook af van de gevolgen die aan de vernietiging van het beding (op grond van art. 6:233 sub a BW of op grond van art. 3:40 lid 2 BW) worden verbonden. Gelet op de noodzaak van een effectieve doorwerking van Europees recht, staat vast dat de (Europese) sanctie op een oneerlijk beding in geval van samenloop voorrang moet krijgen indien zij meer bescherming biedt dan de (nationale) sanctie op een van de wet afwijkend beding.

In dat kader is dus beslissend welke lezing van de jurisprudentie van het HvJ inzake de sanctionering van oneerlijke bedingen de juiste is. Over die vraag lopen de meningen sterk uiteen. Lijnrecht tegenover de zienswijze van Jongeneel, volgens wie de rechtspraak van het HvJ casuïstisch moet worden opgevat en aanvullend recht in beginsel ambtshalve moet worden toegepast na de vernietiging van een oneerlijk beding,<sup>11</sup> staat de opvatting van Loos, die de vervanging van het beding door een regel van nationaal recht (aanvullend of semi-dwingend) niet mogelijk acht op grond van de Europese rechtspraak.<sup>12</sup> In deze laatste opvatting krijgt de aan art. 6:233 sub a BW te verbinden (Europese) sanctie voorrang. Ook mogelijk is om de sanctie op de meer beschermende toets ex art. 3:40 lid 2 BW richtlijnconform uit te leggen.

### 3. Een ongerechtvaardigd onderscheid tussen aanvullend en semi-dwingend recht

In zijn conclusie maakt A-G Wissink wat betreft de sanctionering van oneerlijke bedingen onderscheid tussen bedingen in algemene voorwaarden die afwijken van aanvullend recht en bedingen die afwijken van dwingend recht. Art. 7:411 BW is van *semi*-dwingend recht: van deze bepaling mag niet ten nadele van de opdrachtgever (i.c. de consument-cursist) worden afgeweken. Er mag dus geen *onredelijk* loon worden gevraagd. Omdat het hier om (semi-)dwingend recht gaat, moet de verplichting om een redelijk loon te betalen na de vernietiging ‘gewoon’ worden toegepast volgens de A-G. In geval van strijd met aanvullend recht is dat volgens hem echter nadrukkelijk niet de bedoeling: de mogelijkheid om het beding te vervangen met aanvullend recht is ‘beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad’ (randnummer 2.23.2).<sup>13</sup> Met het opnemen van het beding heeft de gebruiker al afstand gedaan van aanvullend recht, hij mag er volgens de A-G dus niet zomaar op teruggrijpen.

Het *moeten* teruggevallen op semi-dwingend recht vormt een vanuit de beschermingsgedachte bijzondere gevolgtrekking: de keuze om een afwijking ten nadele van de (consument-)opdrachtgever te verbieden werkt hier uiteindelijk (bij de sanctionering van die afwijking) in zijn nadeel. Semi-dwingend recht is er om de contractsvrijheid van de opdrachtnemer te beperken en de opdrachtgever te beschermen. Zou de wetgever een andere keuze hebben gemaakt en het (slechts) om aanvullend recht gaan (waarbij de opdrachtgever dus niet ‘extra’ wordt beschermd tegen een ‘onredelijk loon’), dan is een afwijking nog steeds potentieel onredelijk bezwarend (vast te stellen aan de hand van de ‘fictievevergelijkingstoets’) maar mag juist *niet* op aanvullend recht worden teruggevallen indien de afwijkende voorwaarde wordt vernietigd (en krijgt de opdrachtnemer dus helemaal geen loon). Het omwille van de bescherming van de opdrachtgever als semi-dwingend aanmerken van een bepaling pakt bij de sanctionering van een hiermee in strijd zijnde beding in algemene voorwaarden wel heel nadelig voor hem uit. Die ‘nietigheid’ biedt per saldo minder bescherming dan de vernietiging van een beding dat afwijkt van aanvullend recht. Dat lijkt mij niet terecht en volgt ook geenszins uit de op de onderhavige voorwaarden (ook) van toepassing zijnde Europese richtlijn en bijbehorende rechtspraak.

Het is juist dat het HvJ zich nog niet heeft uitgelaten over wat te doen in geval van een afwijking van dwingend recht. Of op dwingend recht mag worden teruggevallen zal denk ik afhangen van de door deze bepaling bescherm-

10. HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10, r.o. 21-23, NJ 2014/247 (*Constructora Principado*).

11. R.H.C. Jongeneel, ‘De blauwe lijst’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 359-360.

12. Noot M.B.M. Loos bij Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486, TvC 2016, afl. 5, p. 243.

13. Zie HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 80-85, NJ 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Kásler*); HvJ EU 21 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:21, r.o. 33 (*Unicaja Banco/Hidalgo Rueda*).

de belangen (gaat het om het belang van de gebruiker zoals i.c. het geval, dus niet) en of dit ertoe leidt dat de door de richtlijn geboden bescherming niet langer effectief is omdat de sanctionering niet meer afschrikkend werkt. Ik betwijfel overigens of de richtlijn en het HvJ wel een onderscheid maken tussen (semi-)dwingend en aanvullend recht (zoals de conclusie in randnummer 2.23.5 in het bijzonder suggereert), zeker als het aankomt op de mogelijkheid om hierop terug te vallen na de vernietiging van een oneerlijk beding. Het teruggrijpen op nationaal aanvullend of dwingend recht is overigens slechts problematisch als het gaat om hierin vervatte *plichten* voor de consument (bijv. de verplichting om schadevergoeding of een redelijk loon te betalen). Als wordt afgeweken van een bepaling die rechten verschaft aan de consument, dan is hierop terugvallen een vanzelfsprekendheid.

In randnummer 2.23.6 overweegt de A-G dat ‘nu art. 7:411 BW ook onafhankelijk van de toets aan de Richtlijn 1993/13/EEG, voorschrijft dat een redelijk loon verschuldigd is, er in beginsel geen reden (is) om terughoudend te zijn bij de toepassing van deze bepaling’. In het laatste zinsdeel, dat (kennelijk) ziet op de hypothetische situatie waarin de richtlijn niet zou bestaan, kan ik mij niet vinden. Wat hier aan de hand is, is dat de wet de consument een verplichting oplegt tot het betalen van een redelijk loon. Deze verplichting is echter niet dwingend. Hiervan mag immers in het voordeel van de consument worden afgeweken (zo benadrukt de A-G in randnummer 2.23.5). Dwingend is slechts het verbod om ten nadele van de consument van de bepaling af te wijken. Wordt hier toch van afgeweken, dan kan volgens de A-G altijd op het ‘redelijk loon’ worden teruggevallen. Dat weerhoudt opdrachtnemers niet om hun hand te overspelen lijkt mij. Terughoudendheid is juist daarom gewenst, ook vanuit nationaalrechtelijk perspectief.<sup>14</sup>

#### 4. Terugvallen op nationaal recht, maar met mate?

Volgens de A-G kan een beding dat afwijkt van art. 7:411 BW, en dus in strijd is met Nederlands dwingend recht, tevens als een oneerlijk beding kwalificeren gelet op de omstandigheden van het geval<sup>15</sup> (dat is de in par. 2 genoemde samenloop). En, zo beaamt hij, oneerlijke bedingen vragen uit Europees perspectief, om effectieve, lees afschrikwekkende sancties. Hij stelt in randnummer 2.23.6 daarom het volgende voor: ‘waar de afwijking van dwingend recht door middel van een oneerlijk beding niet kan worden ontmoedigd door het dwingende recht buiten toepassing te laten, kan dat mogelijk wel door de wijze waarop aan het dwingende recht toepassing wordt gege-

ven’. Bepleit wordt een ‘terughoudende’ toepassing van art. 7:411 BW die ontmoedigend werkt.<sup>16</sup>

Hoewel dit pleidooi volgens mij op een onjuiste aanname rust (de verplichte toepassing van semi-dwingend recht), is de gedachte van een suboptimale toepassing van nationaal recht na de vernietiging van het beding – een ‘terugvallen, maar met mate’ – interessant.

Als de gebruiker van een oneerlijk beding volstaat met een beroep hierop, dan zou de rechter het hier naar mijn mening bij moeten laten en daar geen (subsidiare) vordering tot, bijvoorbeeld, schadevergoeding in mogen lezen. Het beding wordt vernietigd en de vordering afgewezen.

De vraag is wat de rechter moet toewijzen indien de opdrachtnemer naast een beroep op het oneerlijke beding een uitdrukkelijk (subsidiar) beroep doet op aanvullend of semi-dwingend recht.<sup>17</sup> Het beding wordt vernietigd maar dient het subsidiare beroep ook te allen tijde te stranden op grond van de effectieve bescherming van de consument? De door het Hof Den Haag gekozen suboptimale toepassing zou volgens mij uitkomst kunnen bieden in gevallen waarin het niet mogen terugvallen op nationaal recht en dus het afwijzen van het subsidiare beroep hierop, zijn (beschermings- en preventie-)doel voorbischiet.

Bij de sanctionering van oneerlijke bedingen kan behoefte bestaan aan (het door het Hof Den Haag en A-G Wissink voorgestane) maatwerk. Afhankelijk van de ernst van afwijking van nationaal recht (is het gevraagde loon een beetje of heel erg onredelijk, is de gebruiker een hardleerse ‘repeat player’?), de financiële gevolgen voor de gebruiker (stel dat de consument hier de enige cursist is of dat hij de cursist is waarmee de drempel voor het doorgaan van de cursus wordt gehaald) en welk verwijt de consument zelf kan worden gemaakt<sup>18</sup> (hier ligt de opzegging ‘in zijn risicosfeer’ maar gaat het om een vroegtijdige opzegging vanwege een ziekte<sup>19</sup>), is een nadere afstemming van de sanctie op de specifieke omstandigheden van het individuele geval soms wenselijk.

Het mag niet zo zijn dat een rechter terughoudend omgaat met de oneerlijkheidstoets omdat hij de vergaande gevolgen van de aan deze toets verbonden sanctie in het hem/haar voorliggende geval buitenproportioneel acht.<sup>20</sup>

14. Ook naar nationaal recht bestaat er de noodzaak om de nietigheid vanwege strijd met beschermende bepalingen af te straffen, zo ook in het arbeidsrecht HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/232 (*Van Hensbergen/Albers*).

15. HvJ EU 26 januari 2017, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus*).

16. In C.M.D.S. Pavillon, ‘Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst’, *TvC* 2015, afl. 3, p. 136 bepleite ik reeds een suboptimale schadetoekenning in de mobieltjes-kwestie (na vernietiging van het boetebeding).

17. Zoals in deze zaak, vgl. r.o. 1.7 van het arrest van het Hof Den Haag.

18. Dit laatste gezichtspunt – de vraag of de niet-nakoming voldoende ernstig is – speelt ook een rol bij de beoordeling van de oneerlijkheid van boetebedingen of ontbindende voorwaarden, vgl. HvJ EU 26 januari 2017, *ECLI:EU:C:2017:60*, r.o. 66-67, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus/Garcia*). In het eerdergenoemde arrest *X/Dexia* is met dit gezichtspunt in gedachten begrijpelijk dat de mogelijkheid om terug te vallen op de wettelijke schadevergoedingsregeling open is gelaten.

19. Zie r.o. 24 van het arrest van het Hof Den Haag.

20. Denkbaar is ook dat bij te strikte sancties bedrijven sneller de weg van arbitrage (denk aan e-courts) kiezen.

## 5. Het Europese kader: is er ruimte voor maatwerk bij de sanctionering van oneerlijke bedingen?

De vraag is of de in deze zaak gekozen middenweg, die van het terughoudende maatwerk, uit Europees oogpunt *mag* worden bewandeld. Gelet op bovenstaande behoefte aan maatwerk en gezien het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, dat in de rechtspraak inzake de richtlijn m.i. over het hoofd wordt gezien, is een dergelijke middenweg zonder meer verdedigbaar. Door dergelijk maatwerk is de getroffen sanctie behalve afschrikwekkend ook evenredig, zoals het Europees consumentenrecht ook expliciet vereist.<sup>21</sup> Wel is de hanteerbaarheid van dergelijk maatwerk een punt van zorg. De vraag is wat een ‘terughoudende toepassing’ inhoudt: een redelijk loon dat niet helemaal redelijk is vanuit het oogpunt van de belangen van de opdrachtnemer maar wel redelijk is met het oog op individuele en collectieve consumentenbelangen? De uitdaging is om zo een aanpak voldoende handen en voeten te geven om de rechtszekerheid en -gelijkheid te waarborgen.

Gelet op de behoefte aan afschrikkende sancties en gezien het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel, is de toelaatbaarheid van een middenweg echter twijfelachtig. Aannemelijk is dat het HvJ thans voorschrijft dat de subsidiaire op nationaal recht gebaseerde vordering wordt afgewezen, omdat het instellen van een subsidiaire vordering denkbaar niet rechtvaardigt dat bij schending van consumentenrechten de effectieve werking van de richtlijnsancties afneemt. Dit moet echter blijken uit het antwoord op de in de Spaanse *Banco de Sabadell*-zaak gestelde prejudiciële vraag. In afwachting van meer duidelijkheid vanuit Luxemburg valt veel te zeggen voor de ‘ruime’ opvatting van Loos (geen vervanging door nationaal recht), waarvoor ook over de grens steun te vinden is.<sup>22</sup> De ‘strikte’ lezing van Jongeneel (in beginsel vervangen), waar de A-G wat betreft de onverkorte toepassing van aanvullend recht eveneens aan twijfelt (hiervoor par. 3) past in elk geval niet bij de nadruk van het HvJ op de afschrikkende werking van de richtlijn.

Vooropgesteld zij dat maatwerk *nooit* ten koste mag gaan van de effectieve bescherming van de consument. Is het terugvallen op aanvullend of semi-dwingend recht in de zaak waarin het beding is vernietigd<sup>23</sup> niet voldoende afschrikkend, dan dient de rechter hiervan af te zien. De gebruiker van een oneerlijk beding moet hoe dan ook op de blaren zitten. Van een spel zonder neten mag geen sprake zijn. Uit het arrest van het Hof Den Haag (r.o. 23-25) blijkt wel waarom het hof afzag van een hoger loon dan het redelijke loon van 3/12 van het cursusgeld maar niet, althans niet voldoende, waarom die 3/12 beantwoordt aan de ‘afschrikwekkende werking van een vernietiging van algemene voorwaarden en daarmee aan een effectieve bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen’. Wordt Tio Teach aldus ontmoedigd om de

desbetreffende voorwaarde te hanteren? Dit lijkt vooralsnog niet het geval, zo volgt uit art. 8 van haar Algemene Voorwaarden 2018-2019.<sup>24</sup> Bij de sanctionering van oneerlijke bedingen laat de, het Europees consumentenrecht kenmerkende, spanning tussen *Einzelfallgerechtigkeit* en preventieve rechtshandhaving zich duidelijk gevoelen.

21. Vgl. art. 24 lid 1 Richtlijn consumentenrechten en considerans onder 22 en art. 13 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De Richtlijn oneerlijke bedingen rept zelf over ‘passende en doeltreffende middelen’ (art. 7).

22. Deze lijn wordt in België gevolgd door R. Steennot en F. Peeraer: vgl. R. Steennot, ‘De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver’, *TPR* 2017, afl. 1, nr. 55, p. 160-161 met verwijzingen.

23. In een later geschil met betrekking tot dezelfde zonder het beding voortlevende overeenkomst is dat naar ik meen zonder meer mogelijk.

24. Zie [www.tio.nl/contact/algemene\\_voorwaarden/](http://www.tio.nl/contact/algemene_voorwaarden/), laatst geraadpleegd op 19 november 2017.