

University of Groningen

Meebewegen met de Europese rechtspraak over de gevolgen van oneerlijke consumentenvoorwaarden

Wissink, M.H.

Published in:
WR, tijdschrift voor huurrecht

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:
2022

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

Citation for published version (APA):

Wissink, M. H. (2022). Meebewegen met de Europese rechtspraak over de gevolgen van oneerlijke consumentenvoorwaarden. *WR, tijdschrift voor huurrecht*, 2022(8), 584-590. Artikel WR 2022/130.

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.

Meebewegen met de Europese rechtspraak over de gevolgen van oneerlijke consumentenvoorwaarden²

WR 2022/130

1. Inleiding

Sinds een jaar of dertig oefent de Europese Richtlijn 1993/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn) toenemende invloed uit op het Nederlandse privaatrecht. Na de ambtshalve toetsing en de ontwikkeling van de oneerlijkheidstoets (paragraaf 2) trekt thans vooral de rechtspraak van het HvJ EU over de gevolgen van de vernietiging van een oneerlijk beding de aandacht (paragrafen 3-5). Dat biedt aanleiding om eens te inventariseren wat deze 'gevolgenrechtspraak' inhoudt en welke ruimte deze nog biedt aan de nationale rechter. Daartoe volgt een – gezien de dynamiek van de Europese rechtspraak: voorlopige – inventarisatie van de mogelijkheden om 'mee te bewegen' met deze rechtspraak (paragraaf 6).³ Over de houdbaarheid van sommige van die mogelijkheden kan verschillend worden gedacht. Waar nodig wordt in deze bijdrage gewezen op risico's die verbonden zijn aan bepaalde oplossingen die in rechtspraak en literatuur zijn aangevoerd teneinde om te gaan met de bedoelde gevolgenrechtspraak. Gezien het inventariserende karakter van deze bijdrage, worden geen definitieve standpunten ingenomen over de houdbaarheid van bepaalde oplossingen. Paragraaf 7 bevat een afronding van deze bijdrage.

2. De oneerlijkheidstoets

De Richtlijn heeft een breed toepassingsbereik en geldt onder meer voor niet-onderhandelde bedingen in (algemene voorwaarden bij) huurovereenkomsten voor woonruimte tussen een professionele verhuurder en een consument-huurder.⁴ Een oneerlijk beding bindt de consument niet, met andere woorden: is vernietigbaar op de voet van artikel 6:233 onder a BW. De oneerlijkheidstoets van de Richtlijn lijkt sterk op de onredelijkbezwarendtoets van artikel 6:223 onder a BW. Zij heeft een grote invloed op de Nederlandse rechtspraak. In de eerste plaats door de verplichting van de rechter om bedingen ambtshalve op oneerlijkheid te toetsen. De Nederlandse rechtspraak houdt naar mijn indruk terdege rekening met deze verplichting. De contouren

voor de toepassing van deze verplichting zijn duidelijk,⁵ al blijven ook daar ontwikkelingen gaande.⁶

In de tweede plaats heeft de oneerlijkheidstoets invloed door de manier waarop het HvJ EU daaraan vorm heeft gegeven.⁷ Het gaat, net zoals bij de onredelijkbezwarendtoets van artikel 6:223 onder a BW, om een toets aan de hand van de omstandigheden van het geval zoals die bestaan op het moment van contractsluiting. Het gaat dus om een toets *ex tunc* die wordt afgestemd op de *mogelijke* gevolgen van het beding voor de consument. Dat het beding in bepaalde omstandigheden voor de consument gunstig kan uitvallen of dat het beding in het concrete geval niet voor de consument nadelig heeft uitgepakt, hoeft niet in de weg te staan aan het oordeel dat het beding al met al als oneerlijk moet worden aangemerkt.⁸ Daarmee verschilt de inhoudstoets van de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW. Bij dit laatste is sprake van een toetsing van een beroep op het beding (dus *ex nunc*) aan de hand van de omstandigheden waaronder beding wordt ingeroepen, inclusief omstandigheden die zich na contractsluiting hebben voorgedaan. Dit verschil tussen een toetsing van het beding *ex tunc* en een toets van een beroep op het beding *ex nunc* was op zichzelf al aanwezig in het Nederlandse recht, maar heeft naar mijn mening meer reliëf gekregen onder invloed van de Europese oneerlijkheidstoets. In ieder geval kan de vraag gesteld worden of de toetsing van de inhoud van consumentenvoorwaarden zich op dezelfde wijze zou hebben ontwikkeld zonder de invloed van de Richtlijn.

De oneerlijkheidstoets is een 'cumulatieve toets'. Dat wil zeggen dat bij de beoordeling van een bepaald beding ook rekening moet worden gehouden met de voor de consument positieve en negatieve effecten van in de overeenkomst aanwezige verwante bedingen (ook als die niet worden ingeroepen).⁹ Voorts staat de oneerlijkheidstoets onder invloed van het transparantievereiste, dat kort gezegd inhoudt dat een beding niet alleen taalkundig maar ook inhoudelijk duidelijk moet zijn doordat het de gevolgen ervan voor de

1 Honorair hoogleraar privaatrecht i.h.v. verbintenissenrecht Rijksuniversiteit Groningen, plv. procureur-generaal Hoge Raad.
 2 Dit artikel bevat een op schrift gestelde versie van een lezing op het VHA lustrumcongres "Huurrecht in beweging" op 10 juni 2022.
 3 Dit artikel bouwt in zoverre voort op mijn bijdrage 'Focus op nietigheid en algemene voorwaarden', in: C. Breedveld-de Voogd e.a., *Sluiterijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 205-216 (ook gepubliceerd in *ORP* 2022/78).
 4 HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487, m.nt. M.R.M. Mok, WR 2013/80 (*Asbeek Brusse*).

5 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*); HR 26 februari 2015, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Trudo*).
 6 Zo kan in een uitzonderlijk geval blijkens HvJ EU (GK) 17 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:397 (*L./Unicaja Banco*) ambtshalve toetsing ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep noodzakelijk zijn.
 7 Een goed overzicht daarvan biedt HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, NJ 2022/204, m.nt. Jac. Hijma (*Euriborhypotheken*).
 8 HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/236, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia NL*). Vgl. HR 23 maart 1990, NJ 1991/214, m.nt. H.J. Sniijders; HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, NJ 2022/90, m.nt. D.W.F. Verkade (*Martin Garrix*).
 9 Onder meer HvJ EU 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*); HvJ EU 10 september 2020, ECLI:EU:C:2020:687, WR 2020/128, m.nt. F. van der Hoek (*Woningstichting A*).

consument inzichtelijk maakt.¹⁰ Een gebrek aan transparantie weegt mee bij de beoordeling of een beding oneerlijk is en kan, in bepaalde gevallen, volstaan om een beding oneerlijk te maken.¹¹

In verband met het voorgaande is in het huurrecht met name aandacht voor boetebedingen (bijvoorbeeld bij verboden onderhuur, schending van de verplichting tot zelfbewoning of in verband met drugs), winstafdrachtbedingen (bij verboden onderhuur), bewijsbedingen (ten aanzien van zelfbewoning), verdragingsrentebedingen en huurprijswijzigingsbedingen.¹²

De oneerlijkheidstoets geldt onverkort voor 'oude' bedingen die met name nog kunnen voorkomen in langlopende duurovereenkomsten, zoals financieringen of huur.¹³ De gebruiker van algemene voorwaarden draagt dus het risico dat in het verleden overeengekomen voorwaarden onvoldoende inspelen op ontwikkelingen in de rechtspraak over de oneerlijkheidstoets. Bij de beoordeling van een beding wordt geen onderscheid gemaakt tussen bedingen die 'bewust overvragen'¹⁴ en bedingen die, na afweging van argumenten voor en tegen, per saldo als oneerlijk worden aangemerkt: aan het oordeel dat het beding oneerlijk is, zijn dezelfde rechtsgevolgen verbonden.

3. Gevolgen van oneerlijkheid van een beding; herzieningsverbod en niet terugvallen op aanvullend recht

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU heeft het oordeel dat een beding oneerlijk is in beginsel slechts tot gevolg dat de overeenkomst, zonder andere wijzigingen dan schrapping van het oneerlijke beding, voort bestaat (tenzij de consument geen vernietiging van het beding wil en afziet van de bescherming die de Richtlijn biedt).¹⁵

Uit deze hoofdregel volgt in de eerste plaats dat de rechter niet mag sleutelen aan het beding om het beding dan wel de toepassing ervan alsnog niet oneerlijk te maken. Dit zogenaamde 'herzieningsverbod' brengt bijvoorbeeld mee dat de rechter niet een relevant deel van het beding

mag negeren waardoor de inhoud ervan zou wijzigen¹⁶ en dat een oneerlijk boetebeding niet kan worden gered door de (dwingendrechtelijke) mogelijkheid van matiging op de voet van artikel 6:94 BW.¹⁷ De Hoge Raad voegt hieraan toe dat bij het oordeel of het beding onredelijk bezwarend is, geen acht mag worden geslagen op de omstandigheid dat de toepassing van het beding in een concreet geval kan worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁸ Het 'herzieningsverbod' betreft dus ook bepalingen van nationaal dwingend recht die de rechter instrumenten geven om de scherpste kantjes van een oneerlijk beding af te slijpen.

Een tweede consequentie van de hoofdregel dat in beginsel moet worden volstaan met schrapping van het oneerlijke beding, is volgens de rechtspraak van het HvJ EU dat de nationale rechter niet een bepaling van nationaal aanvullend recht mag toepassen nadat hij het oneerlijke beding heeft vernietigd. Hierop bestaat één uitzondering: het is wel mogelijk om het beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht, in gevallen waarin de rechter anders verplicht zou zijn om de overeenkomst (i) in haar geheel nietig te verklaren en (ii) de consument daardoor geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige consequenties (ook hier weer: tenzij de consument deze bescherming niet wenst en kiest voor algehele nietigheid met alle gevolgen van dien).¹⁹ Bij deze zogenaamde *Kásler*-uitsondering (genoemd naar het arrest waarin zij is verwoord) kan men denken aan kernbedingen die onduidelijk zijn en daarom worden onderworpen aan de oneerlijkheidstoets (zie artikel 6:231 onder a BW). Als een kernbeding oneerlijk wordt geacht en wordt vernietigd, is de overeenkomst vermoedelijk in haar geheel nietig (zie artikel 3:41 BW) en kan zij niet voortbestaan met de enkele schrapping van het kernbeding. Hetzelfde geldt voor bedingen die geen kernbeding zijn, maar waarvan schrapping volgens de maatstaf van artikel 3:41 BW leidt tot algehele nietigheid van de overeenkomst. Een consument kan bijvoorbeeld in de problemen komen indien de nietigheid van een oneerlijk (kern)beding in de hypothecaire lening voor zijn woning zou leiden tot de nietigheid van de gehele leenovereenkomst, met als het gevolg dat het uitgeleende bedrag ineens opeisbaar is geworden.

Het toepassingsbereik van de uitzondering op het verbod om na schrapping van een oneerlijk beding aanvullend recht toe te passen, is dus nogal beperkt. Daar komt bij dat het HvJ EU ook grenzen stelt aan het aanvullende recht dat, bij uitzondering, wél mag worden toegepast. De nationale rechter mag volgens het HvJ EU een leemte in de overeenkomst na schrapping van een oneerlijk beding namelijk niet

10 Onder meer HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R.M. Mok (*Kásler*); HvJ EU 10 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas Personal Finance*).

11 Dit punt is aan de orde in de bij de Hoge Raad aanhangige zaken 20/04372, 21/02755 en 21/00873. Zie daarover de in zoverre gelijklopende conclusies in deze zaken in ECLI:NL:PHR:2022:308, ECLI:NL:PHR:2022:309 en ECLI:NL:PHR:2022:331, steeds onder 3.5 e.v.

12 Onder meer F. van der Hoek, *WR* 2014/55 en *WR* 2018/83; E.H.H. Schelhaas & H.N. Schelhaas, *ORP* 2021/6; M.B.M. Loos, *NJB* 2022/182; R.H.C. Jongeneel, *NJB* 2022/802; C.L.J.M. De Waal, *GS Huurrecht*, Thematisch commentaar Huur en consumentenbescherming, alsmede diens bijdrage 'Doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend: huur en consumentenbescherming', *WR* 2022/129 in dit nummer. Zie voorts het *Rapport Ambtshalve toetsing III*.

13 Vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 4.1.4, *NJ* 2022/204, m.nt. Jac. Hijma (*Euriborhypotheeken*).

14 Vgl. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), 2016/46.

15 Onder meer HvJ EU (GK) 3 maart 2020, EU:C:2020:138, *NJ* 2020/268 (*Gómez del Moral Guasch/Bankia*).

16 HvJ EU 26 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:250, *NJ* 2020/6, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Abanca*); HvJ EU 29 april 2021, ECLI:EU:C:2021:341, *NJ* 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*).

17 HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R.M. Mok, *WR* 2013/80 (*Asbeek Brusse*).

18 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 3.5 en 3.6, *NJ* 2022/204, m.nt. Jac. Hijma (*Euriborhypotheeken*).

19 Onder meer HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R.M. Mok (*Kásler*).

aanvullen “op de enkele basis van nationale open normen, volgens welke de in een rechtshandeling tot uitdrukking gebrachte gevolgen met name worden aangevuld door de gevolgen die voortvloeien uit het billijkheidsbeginsel of uit de gangbare praktijken, en die geen bepalingen van aanvullend recht zijn”.²⁰ Voor het geval een aanvullende wetsbepaling ontbreekt en er toch een noodzaak is om de overeenkomst aan te vullen teneinde algehele nietigheid te vermijden, heeft het HvJ EU goedgevonden dat de rechter partijen kan opdragen te onderhandelen over een nieuw beding binnen een door de rechter bepaald kader.²¹

4. Ratio van de gevolgenrechtspraak van het HvJ EU

De hiervoor beschreven rechtspraak van het HvJ EU over de gevolgen van vernietiging van een oneerlijk beding, beperkt de vrijheid van de nationale rechter om een oplossing te kiezen die (vermoedelijk) uit een reguliere toepassing van diens nationale recht zou voortvloeien. Deze rechtspraak kan wel verklaard worden. Zij berust op de gedachte – zoals onder meer verwoord in punt 38 van het arrest *Banca B* – dat de nationale rechter bij de vaststelling van de gevolgen van een oneerlijk beding (i) het evenwicht tussen partijen moet herstellen en (ii) moet verzekeren dat de gebruiker van oneerlijke bedingen wordt afgeschrikt om dergelijke bedingen op te nemen in de overeenkomst.²² Dit bereikt de rechter door in beginsel te volstaan met schrapping van het oneerlijke beding. Als de gebruiker zou kunnen terugvallen op aanvullend recht, zou volgens het HvJ EU het langetermijndoel van de Richtlijn – het bestrijden van oneerlijke bedingen – in gevaar komen, omdat gebruikers van oneerlijke bedingen dan “nog steeds geneigd zouden zijn om die bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, ook al mochten deze ongeldig worden verklaard, de overeenkomst niettemin voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld en hun belang dus gediend zou zijn”.²³ Daarom mag, zoals gezegd, alleen bij uitzondering (zie hiervoor onder 3) de overeenkomst worden aangevuld, en wel ten behoeve van de bescherming van de consument. De gedachte van het HvJ EU dat gebruikers van oneerlijke bedingen in consumentenvoorwaarden niet risicoloos mogen terugvallen op een alternatief is in het Nederlandse recht ook bekend, maar dan binnen de kaders van conversie (artikel 3:42 BW) of de beoordeling van de toelaatbaarheid van bedingen die de gebruiker een vangnet beogen te bieden als een ander beding vernietigbaar is.²⁴ Deze gedachte speelt

echter in het Nederlandse recht geen rol bij de vraag of, na vernietiging van een beding, aanvullend recht kan worden toegepast.

Dat de rechter (indien hij bij uitzondering aanvullend nationaal recht mag toepassen) niet enkel mag terugvallen op nationale open normen op basis waarvan de overeenkomst wordt aangevuld “door de gevolgen die voortvloeien uit het billijkheidsbeginsel”, wordt door het HvJ EU verklaard door het verschil tussen een aanvullende wetsbepaling en een rechterlijke toepassing van open normen als de billijkheid. Een wetsbepaling voor een bepaald geval veronderstelt immers een specifiek oordeel van de nationale wetgever over het contractuele evenwicht in dat geval en wordt daarom geacht geen oneerlijke beding te bevatten. Dit kan niet gezegd worden over de hier bedoelde open normen, “gesteld al dat dergelijke bepalingen, gezien hun algemene aard en de noodzaak van de praktische toepassing ervan, de betrokken oneerlijke bedingen op nuttige wijze kunnen vervangen door een eenvoudige vervangingshandeling door de nationale rechter”, aldus het HvJ EU.²⁵ Hieruit spreekt mijns inziens een beperkt vertrouwen in het vermogen van de nationale rechter om open normen zoals ‘redelijkheid en billijkheid’ te operationaliseren tot meer concrete gedragsnormen of toetsingsmaatstaven voor een concreet (type) geval. Dit vermoeden wordt bevestigd door de zaak *Banca B.*, waarin de nationale rechter de ruimte kreeg om partijen onder diens toezicht te laten onderhandelen over de vervanging van een oneerlijk beding. Het HvJ EU waarschuwt daarbij dat “de bevoegdheden van de rechter niet verder mogen gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is om het contractuele evenwicht tussen de partijen bij de overeenkomst te herstellen”, want “[i]ndien de rechter bevoegd was de inhoud van oneerlijke bedingen naar eigen goeddunken te wijzigen of te matigen, zou dit immers de verwezenlijking van alle in punt 38 van het onderhavige arrest genoemde doelstellingen in gevaar brengen”, aldus het HvJ EU. Kortom, het HvJ EU lijkt de toepassing van een open norm als de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval te beschouwen als het door de rechter ‘naar eigen goeddunken’ ingrijpen in de overeenkomst. Dat vertrouwt het HvJ EU hem niet toe. Als de nationale rechter bij uitzondering aanvullend recht mag toepassen in plaats van het oneerlijke beding, dan moet dat beperkt blijven tot ‘een eenvoudige vervangingshandeling’ van het beding door een specifieke wetsbepaling.

5. Kritiek op de gevolgenrechtspraak van het HvJ EU

De hiervoor geschetste lijn is bevestigd in tal van uitspraken van het HvJ EU, ook van zijn Grote Kamer, en is dus stevig verankerd in diens rechtspraak.²⁶ In de literatuur wordt erop gewezen dat de rechtspraak kan leiden tot gevolgen

20 HvJ EU 30 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819, NJ 2020/277, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Dziubak*). Het arrest voegt toe “noch bepalingen die van toepassing zijn indien de partijen bij de overeenkomst dit zijn overeengekomen”, maar dit is naar Nederlandse maatstaven hetzelfde als aanvullend recht.

21 HvJ EU 25 november 2020, ECLI:EU:C:2020:954, NJ 2021/384, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Banca B*).

22 HvJ EU 25 november 2020, ECLI:EU:C:2020:954, punt 38, NJ 2021/384, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Banca B*).

23 HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, punt 64, NJ 2021/236, m.nt. M.B.M. Loos (*Dexia NL*).

24 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon.BW B55) 2016/46 en 49; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018/442; V. van den Brink & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (R&P nr. CA1) 2017/4.8.

25 HvJ EU 30 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819, punten 59 en 61, NJ 2020/277, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Dziubak*).

26 HvJ EU (GK) 3 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:138, NJ 2020/268 (*Gómez del Moral Guasch/Bankia*). Een slecht te verklaren outlier is HvJ EU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank*).

die civielrechtelijk weinig aannemelijk zijn en ook niet per definitie proportioneel. De zaak *Dexia NL* biedt daarvan een aansprekend voorbeeld. Omdat het schadevergoedingsbeding in de algemene voorwaarden van Dexia oneerlijk was, mocht Dexia niet terugvallen op de wettelijke bepalingen die haar recht gaven op schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming van haar wederpartij. Schelhaas en Spanjaard spreken van een bikkelharde sanctie die maatwerk in de weg staat, Jongeneel van straffeloze wanprestatie. Volgens Keus kan een dergelijke ‘ontrechting’ van de schuldeiser jegens de wanpresterende consument bezwaarlijk anders dan als punitief worden aangeduid, en is daarom niet alleen van belang dat EU-wetgeving evenredige sancties voorschrijft, maar ook dat het Handvest van de grondrechten van de EU in artikel 49 het *lex certa*-beginsel erkent.²⁷

In Duitsland is een discussie ontstaan over de vraag of de rechtspraak van het HvJ EU in de weg staat aan *ergänzende Vertragsauslegung* aan de hand van § 133 en 157 BGB (*Treu und Glauben*), waarvan de Nederlandse equivalent aanvulling van de overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 1 BW) is.²⁸ Het Bundesgerichtshof heeft deze vraag ontkennend beantwoord in een soort collectieve procedure (*Musterklage*) over de gevolgen van de nietigheid van een rentewijzigingsbeding in een premiespaarovereenkomst met variabele rente.²⁹ Het BGH overweegt dat is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van aanvullend nationaal recht, ten eerste omdat de eiser in deze procedure toepassing daarvan verlangt en, ten tweede, omdat de voorwaarden van de *Käsler*-uitzondering zijn vervuld. Vervolgens zet het BGH zich af tegen de gedachte in de rechtspraak van het HvJ EU dat toepassing van een open norm als de billijkheid neerkomt op het ‘naar eigen goeddunken’ ingrijpen in de overeenkomst door de rechter. Zo werkt het, althans in Duitsland, volgens het BGH niet. Volgens het BGH bevatten de §§ 133 en 157 BGB geen regel van materieel aanvullend recht in de zin van de rechtspraak van het HvJ EU over renteaanpassing, maar vormen zij de basis voor de ontwikkeling van uitgangspunten voor de uitleg van dit type overeenkomst (“*die Grundlage für die Entwicklung von Auslegungsgrundsätzen*”). De ontwikkeling van uitgangspunten voor de uitleg van dit type premiespaarovereenkomst door middel van *ergänzende Vertragsauslegung* berust voorts niet op de billijkheid zoals deze in de rechtspraak van het HvJ EU wordt opgevat, maar op een objectief-generaliserende maatstaf ten aanzien van de verwachtingen en belangen van partijen bij dergelijke overeenkomsten (“*die anzuwendenden*

Grundsätze knüpfen anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabes an die Typische Vorstellungen und an das Interesse der typischerweise an dem Vertrag beteiligten Verkehrskreise an”). Een aldus gevonden oplossing voor aanvulling van een leemte in de overeenkomst na vernietiging van een oneerlijk beding herstelt volgens het BGH het contractuele evenwicht tussen partijen en is afschrikkend voor de gebruiker, want die kan het beding niet meer eenzijdig vaststellen. En passant wordt nog overwogen dat in het Duitse recht deze vorm van rechtsvinding niet onderdoet voor aanvullend recht in de vorm van wetgeving. Afgewacht moet worden of andere rechters, waaronder het HvJ EU, de gelegenheid zullen krijgen zich uit te laten over de redenering van het BGH.

6. Hoe kunnen partijen en de rechter omgaan met de gevolgenrechtspraak van het HvJ EU?

Partijen, in het bijzonder de gebruiker van algemene consumenten(huur)voorwaarden, en de nationale rechter staan gesteld voor de vraag hoe om te gaan met de huidige gevolgenrechtspraak van het HvJ EU. De belangen van partijen zullen op dit punt mogelijk uiteenlopen. De civiele rechter, die ook Unierechter is, heeft een verantwoordelijkheid om het nationale recht zo veel mogelijk conform de Richtlijn uit te leggen en toe te passen. Tegelijkertijd oordeelt de nationale rechter over wat zijn eigen recht inhoudt en is hij degene die de feiten vaststelt en de voor de beoordeling van een zaak noodzakelijke feitelijke afwegingen maakt. Ook de rechter heeft dus enige manoeuvreerruimte. Hieronder inventariseer ik de verschillende handelingsperspectieven.

Ik begin met een voor de hand liggende oplossing die partijen buiten rechte ter hand kunnen nemen:

1 Partijen kunnen een oneerlijk beding vervangen door een ander beding

Deze oplossing ligt voor de hand als de gebruiker van algemene voorwaarden weet of vermoedt dat een bepaald beding als oneerlijk kan worden aangemerkt. Vervanging van een beding impliceert een nieuwe afspraak en vergt dus wilsovereenstemming van partijen. Daarmee kan nietigheid van de overeenkomst worden voorkomen. Daarbij moet worden bedacht dat het HvJ EU enige eisen stelt aan de vervanging: (i) de consument moet vrijwillig en goed geïnformeerd afstand doen van de mogelijkheid om het oneerlijke karakter van het beding in te roepen, (ii) het nieuwe beding moet niet oneerlijk zijn, en (iii) de rechter moet aan het oorspronkelijke beding eventueel gevolgen toekennen om het contractuele evenwicht te herstellen (tenzij de consument dat niet wenst). De eerste voorwaarde vergt dat de consument bij het sluiten van de nieuwe overeenkomst zich realiseerde dat het oorspronkelijke beding niet-bindend was en wist welke gevolgen eruit voortvloeiden (hetgeen vermoedelijk een mededelingsplicht van de gebruiker impliceert).³⁰ Indien deze voorwaarde niet is vervuld, dan

27 C.M.D.S. Pavillon & J. Spanjaard, *NJB* 2021/1392; M.B.M. Loos *NJ* 2021/326; H.N. Schelhaas & J. Spanjaard *MvV* 2021/4, p. 146; R.H.C. Jongeneel, *NJB* 2021/1393; L.A.D. Keus, *NJ*-noot sub 7 onder HvJ EU 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:269, *NJ* 2022/111 (*Braathens Regional Aviation*). Zie ook reeds A. Wilfinger, *VuR* 2021/18, die (voordat het HvJ EU uitspraak deed) zich niet kon voorstellen dat de zaak *Dexia NL* zou leiden tot ‘Haftungsfreiheit’ van de wanpresterende consument.

28 Voor de mogelijkheid van aanvulling o.a. C. Herresthal, *NJW* 2021/589 en A. Wilfinger, *VuR* 2021/18, daartegen o.a. F. Graf von Westphalen, *NJW* 2021/277.

29 BGH 8 oktober 2021 XI ZR 234/20, punt 47 e.v., i.h.b. punt 52, *BKR* 2022/38, m.nt. S. Omlor, *VuR* 2022/10, m.nt. R. Metz.

30 HvJ EU 9 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:536, punten 71-74, (*Ibercaja Banco*).

moet de situatie worden hersteld waarin de consument rechtens en feitelijk zonder het oneerlijke beding zou hebben verkeerd.³¹

De rechter die in een procedure moet oordelen over een beding, ziet zich in eerste instantie gesteld voor twee taken:

2 *Inhoud beding vaststellen*

De uitleg van een beding gaat vooraf aan de toetsing van de eventuele oneerlijkheid van dat beding.³² Het is denkbaar dat het beding bij een bepaalde uitleg wel en bij een andere uitleg niet als oneerlijk wordt bestempeld. Indien partijen strijden over de uitleg van een beding, is het aan de rechter om de inhoud van het beding vast te stellen.³³ De door artikel 6:238 lid 2 BW voorgeschreven uitleg contra profentem staat hieraan m.i. niet in de weg, omdat deze pas aan de orde komt indien de rechter oordeelt dat, ook na zijn uitleg ervan, twijfel over de uitleg van het beding resteert. Overigens speelt bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding wel mee of het beding voldoet aan het transparantievereiste.

3 *Inhoud beding beoordelen*

De rechter die moet beoordelen of een beding oneerlijk is, heeft enige speelruimte bij het afwegen van de factoren die bepalen of een beding oneerlijk is. In sommige gevallen zal redelijkerwijze twijfel mogelijk zijn over de vraag of een beding oneerlijk kan worden genoemd. De rechter die in een dergelijk geval de knoop moet doorhakken, weet dat, enerzijds, het Unierecht vergaande gevolgen verbindt aan een oneerlijkheidsoordeel, en, anderzijds, het oordeel dat het beding niet oneerlijk is nog ruimte laat voor een aanvullende beoordeling van de gevolgen van het beding in het concrete geval op basis van het nationale recht (zoals matiging van een boete of toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).³⁴ Ik vermoed dat niet uitgesloten kan worden dat deze wetenschap de concrete beoordeling van de vraag of het beding oneerlijk is, (onbewust) zou kunnen gaan beïnvloeden.³⁵ Het juridische kader voor de beoordeling van oneerlijkheid omvat echter niet een weging van de gevolgen die de rechtspraak van het HvJ EU verbindt aan het oneerlijkheidsoordeel, zodat dit in het stadium van de beoordeling van de oneerlijkheid geen rol behoort te spelen.

Indien de rechter oordeelt dat een beding oneerlijk is, biedt de rechtspraak van het HvJ EU in eerste instantie twee opties:

31 HvJ EU 29 april 2021, ECLI:EU:C:2021:341, punten 49, 50 en 59-61, NJ 2021/342, m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*).

32 Het is niet toegestaan om eerst te oordelen dat een beding oneerlijk is om vervolgens een uitleg van dat beding te bedenken waarmee die oneerlijkheid kan worden verholpen. Dat komt neer op een verboden herziening van het beding. Zie HvJ EU 18 november 2021, ECLI:EU:C:2021:934 (*MP en BP/Bank A*).

33 Vgl. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68, m.nt. S.D. Lindenbergh (*AOV-polis*).

34 Vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, NJ 2022/204, m.nt. Jac. Hijma (*Euriborhypotheken*).

35 Vgl. Jongeneel, *NJB* 2021/1393 op p. 1571.

4 *Conform hoofdregel volstaan met vernietiging beding*

Toepassing van deze hoofdregel zal in veel gevallen volstaan.

5 *Bij uitzondering aanvullend recht toepassen*

Toepassing van aanvullend recht is mogelijk indien de consument afziet van de bescherming die de Richtlijn hem in de vorm van de zojuist genoemde hoofdregel biedt. Toepassing van aanvullend recht kan eveneens indien is voldaan aan de voorwaarden van de *Kásler*-uitsluiting (tenzij de consument zich daartegen verzet). Indien de aanvullende wet geen oplossing biedt, kan de rechter partijen laten heronderhandelen. Of de Nederlandse rechter in een dergelijk geval kan terugvallen op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is onduidelijk, zolang het HvJ EU geen reactie heeft gegeven op de eerder genoemde rechtspraak van het BGH over de *ergänzende Vertragsauslegung*.

Indien de rechter oordeelt dat een beding oneerlijk is en toepassing van aanvullend recht volgens de rechtspraak van het HvJ EU niet is toegestaan, is de kous echter nog niet af. De rechter zal dan moeten vaststellen of het oneerlijke beding en het aanvullende recht wel hetzelfde regelen:

6 *Beoordeel of het oneerlijke beding hetzelfde regelt als een bepaling van aanvullend recht*

Pavillon & Spanjaard wijzen er terecht op dat de rechtspraak van het HvJ EU slechts de toepassing van bepalingen van aanvullend recht uitsluit, die hetzelfde regelen als het vernietigde oneerlijke beding. Indien een vordering primair is gebaseerd op een beding (dat volgens de rechter oneerlijk is) en subsidiair op een wettelijke grondslag, moet worden onderzocht of de subsidiair ingeroepen wettelijke bepaling ook de bepaling is waarvan het oneerlijke beding afwijkt. Zo staat een oneerlijk louter aansporend boetebeding niet in de weg aan toewijzing van schadevergoeding op grond van de wet en een oneerlijk opschortingsbeding niet aan ontbinding op grond van de wet.³⁶ Hierbij zij bedacht dat het dossier wel aanknopingspunten moet bieden voor een uitleg van het beding die erop neerkomt dat het beding iets anders regelt dan de subsidiair ingeroepen wettelijke grondslag. Soms is dat evident, in andere gevallen niet.

Indien het oneerlijke beding hetzelfde regelt als een bepaling van aanvullend recht, zijn nog twee complicaties denkbaar die inhaken op de taak van de rechter om te toetsen of een beding oneerlijk is en daaraan de vereiste gevolgen te verbinden:

7 *Aanvullend recht toepassen indien een niet ingeroepen oneerlijk beding hetzelfde regelt als een wel ingeroepen bepaling van aanvullend recht*

Wat te doen indien de rechter weet of vermoedt dat algemene voorwaarden van toepassing zijn die een oneerlijk beding bevatten, terwijl de eiser daarover zwijgt en hij

36 *NJB* 2012/1392, par. 3.1 op p. 1564-1565.

zijn vordering tegen de consument uitsluitend baseert op een wettelijke bepaling van aanvullend recht? In de rechtspraak ziet men gevallen waarin ook dan het beding wordt getoetst.³⁷ Volgens Pavillon en Spanjaard kan dit niet, omdat (i) het beding niet tot de rechtsstrijd behoort en (ii) het niet toetsen van het beding niet in strijd is met het Europese recht nu de rechtspraak die meebrengt dat de rechter ook moet kijken naar bedingen waarop geen beroep wordt gedaan, andere gevallen betreft.³⁸ Ik aarzel of dit doorslaggevende argumenten zijn. Het lijkt mij niet uitgesloten dat het HvJ EU de zojuist gestelde vraag, indien deze aan hem wordt voorgelegd, bevestigend zal beantwoorden op gronden die worden ontleend aan de effectieve werking van de Richtlijn en de lijn in de rechtspraak dat gebruikers van algemene voorwaarden niet van twee walletjes mogen eten. Gebruikers zouden anders nog steeds geneigd kunnen zijn om oneerlijke bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, als het tot een procedure komt, zij eenzijdig kunnen afzien van de toepassing van het oneerlijke beding en door zich te beperken tot een beroep op een wettelijke grondslag de rechtsgevolgen van het (buitengerechtelijke) gebruik van een oneerlijk beding kunnen vermijden. Indien het HvJ EU in deze zin zou oordelen, vormen de grenzen van de rechtsstrijd geen belemmering voor toetsing van het beding. Door een beroep te doen op een wettelijke grondslag (zoals artikel 6:74 of 6:119 BW) zou de rechter die de aanwezigheid van een relevant oneerlijk beding in algemene voorwaarden kent of vermoedt, immers ambtshalve tot taak hebben gevolgen aan die kennis of dat vermoeden te verbinden.

8 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toepassen indien een oneerlijk beding hetzelfde regelt als een bepaling van aanvullend recht

Indien toepassing van aanvullend recht niet is toegestaan op grond van de geldende rechtspraak van het HvJ EU en het oneerlijke beding hetzelfde regelt als een bepaling van aanvullend recht, dan volgt uit deze rechtspraak dat de rechter niet mag terugvallen op het aanvullende recht. Jongeneel heeft betoogd dat toepassing van de regel dat de rechter niet mag terugvallen op het aanvullende recht, in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.³⁹ Het Nederlandse recht verzet zich niet tegen toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW op een aan de Europese rechtspraak ontleende rechtsregel. Maar bedacht moet worden dat het Europese recht zich wel verzet tegen een te gemakkelijk gebruik van nationale correctiemechanismen als misbruik van recht of de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Toepassing daarvan mag niet de kern van de door het Unierecht geboden bescherming aantasten.⁴⁰ W. Snijders concludeert

dat het HvJ EU “is very reluctant in letting national norms like good faith or reasonableness and fairness interfere with the effect of European law. These norms may be applied by the national courts, but only as far as they can be said to coincide with a general principle of European law, leading to an identical result. Consequently the scope of this kind of national rules is in reality determined by the more restrictive general principles that are developed in European case law like abuse of right and fraud”.⁴¹ Voor toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW lijkt dus niet veel ruimte te bestaan.

Tot nu toe is verondersteld dat de toepassing van aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding in het voordeel van de gebruiker is. Dat hoeft niet het geval te zijn:

9 Aanvullend recht toepassen, na vernietiging van een oneerlijk beding dat hetzelfde onderwerp regelt als een bepaling van aanvullend recht, als dat in het voordeel van de consument is

Deze variant is nog niet aan de orde gekomen in de rechtspraak van het HvJ EU, maar er lijkt weinig twijfel mogelijk dat dit is toegestaan. De gevolgenrechtspraak van het HvJ EU beoogt te voorkomen dat de gebruiker van een oneerlijke beding kan terugvallen op het aanvullende recht. Maar niet valt in te zien waarom de Richtlijn zich ertegen zou verzetten dat de consument gebruik maakt van rechten en bevoegdheden die hem volgens aanvullend recht toekomen en hem door een oneerlijk beding waren afgepakt. Zo ligt voor de hand dat na vernietiging van een beding dat opschorting van betaling door de consument uitsluit, de consument mag opschorten op de voet van artikel 6:52 of 6:262 BW. Dit herstelt het contractuele evenwicht tussen partijen en werkt afschrikkend ten aanzien van de gebruiker van het oneerlijke beding. Indien dit juist is, geldt het voorgaande ook voor (semi)dwingend recht dat in het voordeel van de consument is.⁴²

Overigens is onduidelijk is wat de positie van (semi)dwingend recht is:

10 (Semi)dwingend recht toepassen na of naast vernietiging van een oneerlijk beding dat hetzelfde onderwerp regelt als een bepaling van aanvullend recht, ook in het nadeel van de consument

Deze variant is nog niet aan de orde gekomen in de rechtspraak van het HvJ EU en is onderwerp van discussie.⁴³ De gevolgenrechtspraak van het HvJ EU betreft de toepassing van aanvullend nationaal recht. Het HvJ EU heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of toetsing aan de Richtlijn achterwege zou kunnen blijven indien een beding ook reeds

37 Zie de bijdrage van De Waal in dit nummer, *WR* 2022/129.
 38 *NJB* 2012/1392, par. 3.4 op p. 1566 en noot 34 met verwijzing naar HvJ EU 11 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:397 (*Banco Bilbao*) en HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, AA 2017/0827, m.nt. A.S. Hartkamp (*Banco Primus*).
 39 Jongeneel, *NJB* 2021/1393 op p. 1571.
 40 Vgl. HvJ EU 12 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:92 (*Pafitis*); HvJ EU 12 mei 1998, ECLI:EU:C:1998:222 (*Kefalas*); HvJ EU 23 maart 2000, ECLI:EU:C:2000:150 (*Diamantis*).

41 W. Snijders, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU Law on National Private Law*, 2014, p. 551. Vgl. ook L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), 2019/35.
 42 C.M.D.S Pavillon & J. Spanjaard, *NJB* 2021/1392 onder 3.3.
 43 C.M.D.S. Pavillon, *TvCH* 2018, p.2; M.B.M. Loos, *Alg. voorwaarden* 2018/445e; C.M.D.S Pavillon & J. Spanjaard, *NJB* 2021/1392 onder 4.23; H.N. Schelhaas & J. Spanjaard, *MVV* 2021/4; M.H. Wissink conclusie voor HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, *NJ* 2017/421 (*Tio Teach*) en *WPNR* 7179, p. 76.

vernietigbaar is wegens strijd met nationaal dwingend recht, noch over de vraag of het oordeel dat een beding oneerlijk is de toepassing van nationaal dwingend recht belemmert. Indien dit laatste het geval zou zijn, ontstaat een conflict tussen de Richtlijn en een nationale wet, die gezien haar dwingende karakter volgens de nationale wetgever moet worden toegepast. Dat conflict heeft een institutioneel aspect en is daarmee anders van aard dan het conflict tussen de Richtlijn en aanvullend nationaal recht, waarvan de nationale wetgever oordeelt dat het aan partijen is om daar al dan niet gebruik van te maken. Mijn vermoeden is, dat de rechtspraak van het HvJ EU niet zonder reden beperkt is tot aanvullend nationaal recht.

Bij semidwingend of eenzijdig dwingend nationaal recht wordt de situatie nog een slagje gecompliceerder. Daarbij kan worden aangevoerd dat dit recht voor de niet-beschermde partij (de gebruiker) in zoverre aanvullend van aard is dat afwijking ervan in zijn nadeel toegelaten is. Het is de vraag of het eerdergenoemde institutionele aspect daarmee van tafel is. De nationale wetgever schrijft dwingend de toepassing van een dergelijke norm voor, voor zover daarvan niet ten nadele van de niet-beschermde partij is afgeweken. Zoals bekend, zijn aan de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld over de toetsing aan artikel 7:411 BW en de beantwoording daarvan werpt wellicht ook licht op het voorgaande. De belangwekkende conclusie van A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678, is inmiddels gepubliceerd op rechtspraak.nl.

Een laatste variant betreft de samenloop van rechtsgronden.

11 **Vordering tegen consument op buitencontractuele grondslag**

De Richtlijn ziet niet op vorderingen op buitencontractuele grondslag.⁴⁴ Hieruit lijkt te volgen dat de Richtlijn zich bijvoorbeeld niet verzet tegen een schadevergoedingsvordering tegen de consument die is gebaseerd op een buitencontractuele grondslag, ook indien tussen de eiser en de consument een overeenkomst is gesloten waarin oneerlijke bedingen zijn opgenomen die relevant zouden zijn als een schadevergoedingsvordering tegen de consument zou worden gebaseerd op een contractuele grondslag. Toch liggen er ook dan complicaties op de loer. Het is naar nationaal recht immers geen automatisme dat samenloop van vorderingen op verschillende grondslagen mogelijk is. Samenloop van schadevergoedingsvorderingen op de grondslag van tekortkoming (artikel 6:74 BW) en op de grondslag van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) is op zichzelf mogelijk, maar komt slechts in beeld indien het handelen van de consument niet alleen een tekortkoming, maar ook onrechtmatig handelen oplevert. Dat laatste zal zich in gevallen waarin de consument tekortschiet in de nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom in de regel niet voordoen. De samenloop tussen schadevergoedingsvorderingen op

de grondslag van tekortkoming (artikel 6:74 BW) en op de grondslag van onrechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) is gecompliceerd, met name omdat de route van onrechtvaardigde verrijking in beginsel niet is bedoeld om een resultaat te bereiken dat niet via de route van wanprestatie kan worden bereikt.⁴⁵

7. **Afronding**

Het debat over de rechtspraak van het HvJ EU over de gevolgen van het oordeel dat een beding in consumentenvoorwaarden oneerlijk is, en met name over de regel dat de rechter in beginsel niet mag terugvallen op aanvullend nationaal recht, is inmiddels begonnen. De literatuur dringt met name aan op meer aandacht voor het proportionaliteitsvereiste. Het BGH plaatst de Duitse equivalent van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid nadrukkelijk tegenover het uit de rechtspraak van het HvJ EU oprijzende beeld dat toepassing van het billijkheidsbeginsel is overgelaten aan het goedgevoelen van de rechter. De 'gevolgenrechtspraak' stelt partijen en de rechter voorts voor een aantal praktische vragen over de speelruimte die voor hen resteert. Deze zijn hiervoor geïnventariseerd, en waar nodig van voorlopig commentaar voorzien. Welke kant de discussie over de 'gevolgenrechtspraak' op zal gaan, is thans onduidelijk. Mogelijk wordt het HvJ EU alsnog ontvankelijk voor bepaalde kritiek, mogelijk internaliseren nationale rechters deze rechtspraak, zoals Nederlandse rechters dat ook hebben gedaan met de verplichting tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen.

⁴⁴ HvJ EU (GK) 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:936, NJ 2020/179 (Kanyeba).

⁴⁵ Vgl. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, NJ 2004/458, m.nt. Jac. Hijma (Carribbean Bistros/Club Carraibeen); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/476; M.H. Wissink, in: T. Hartlief e.a. (red.) *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, 2003, p. 94-95.