

MASTER'S THESIS

**De (ambtshalve) oneerlijkheidstoets van bedingen in algemene voorwaarden.
Wat betekent dit voor de opstellers van algemene voorwaarden?**

van der Wel, M

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Sep. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl



De (ambtshalve) oneerlijkheidstoets van bedingen in algemene voorwaarden.

Wat betekent dit voor de opstellers van algemene voorwaarden?

Naam: M. van der Wel

Studentnummer: 850640008

Naam begeleider: Prof. mr. J. Rinkes

Naam examiner: Prof. mr. A. Ernes

Aantal woorden: 11665

Datum inleveren: 25-05-2020

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Hoofdstuk 1 Inleiding	4
1.1. Probleemomschrijving en probleemstelling	4
1.2. Onderzoeksmethode en deelvragen	6
1.3. Maatschappelijke relevantie van het onderzoek	6
Hoofdstuk 2. Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in het kader van de Richtlijn 93/13/EEG	8
2.1. Richtlijn 93/13/EEG	8
2.2. Ambtshalve toetsing	10
2.3. Wat heeft het HvJ EU bepaald met betrekking tot de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden?	12
Hoofdstuk 3. De betekenis van de Richtlijn 93/13/EEG voor de Nederlandse regeling in afdeling 6.5.3. BW	18
3.1. Afdeling 6.5.3. Burgerlijk Wetboek	18
3.2. Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3 Burgerlijk Wetboek	20
3.3. De verhouding tussen de Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3. BW: Richtlijn conforme interpretatie	21
Hoofdstuk 4. De elementen waarmee praktijkjuristen rekening dienen te houden bij het opstellen van algemene voorwaarden	24
4.1. De oneerlijkheidstoets	24
4.2. Een vergelijking van het wettelijk kader	26
4.3. De balans binnen de overeenkomst en de redelijke verwachtingen van de tegenpartij.	28
4.4. De lijsten	31
4.5. Het transparantievereiste	33
Conclusie	39
Literatuurlijst	41
Jurisprudentielijst	45

Voorwoord

Ter afronding van de master Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit ligt voor u mijn masterscriptie. Ik heb gekozen voor een onderwerp dat mijn interesse heeft, dat continu onderhevig is aan grote verandering en dat ook vanuit Europa de nodige aandacht krijgt, het consumentenrecht. Naast mijn deeltijdstudie werk ik fulltime bij een grote financiële instelling. Daar houd ik mij onder andere bezig met de vertaalslag van abstracte wet- en regelgeving naar begrijpelijke informatie voor klanten. Ook de algemene voorwaarden zijn daar een onderdeel van. De begrijpelijkheid en aanvaardbaarheid van de algemene voorwaarden is één van de meest lastige aspecten van mijn werk en wat regelmatig tot discussie leidt met onze klanten. Daarom heb ik gekozen voor een scriptieonderwerp waarbij ik de uitkomst van het onderzoek kan gebruiken in mijn dagelijkse werk. Het resultaat van mijn onderzoek ligt nu voor u.

Ik wil met name mijn vrouw en dochter bedanken voor hun geduld. Ook bedank ik mijn leidinggevende, die mij de ruimte heeft gegeven om deze scriptie te schrijven. Tot slot wil ik mijn begeleider prof. mr. J. Rinkes bedanken voor zijn sturende rol bij het schrijven van deze scriptie.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1. Probleemomschrijving en probleemstelling

Eind vorig jaar heeft de Hoge Raad (hierna HR) uitspraak gedaan in de zaak tussen Stichting Stop de Banken, Stichting Euribar en ABN AMRO.¹ De reden voor het arrest van de HR was de collectieve actie die de stichtingen al sinds 2012 tegen ABN AMRO hebben gevoerd ten behoeve van particuliere consumenten met een variabele maandelijkse Euribor-rente, vermeerderd met een opslag. Onderdeel van de algemene voorwaarden die van toepassing waren op de hypotheek, waren wijzigingsbedingen die de bank het recht gaven de opslag bovenop het Euribor-tarief en het rentepercentage gedurende de looptijd te wijzigen. In deze procedure draaide het om de vraag of deze bedingen te kwalificeren zijn als oneerlijke bedingen in de zin van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn 93/13/EEG).

Op 11 november 2015 heeft de rechtbank te Amsterdam bepaald dat de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn. Hierbij was de rechtbank van mening dat de algemene voorwaarden niet voldoen aan het transparantievereiste.² Op basis hiervan besloot de rechtbank de algemene voorwaarden te vernietigen. Tegen deze uitspraak is ABN AMRO in beroep gegaan bij het Gerechtshof Amsterdam (hierna: hof). ABN AMRO voerde aan dat de algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend waren, aangezien de consument het recht had om over te stappen naar een andere rentevorm en dat deze overstap mogelijkheid enige compensatie geeft voor de nadelige gevolgen van andere bedingen in de algemene voorwaarden.³ Het hof oordeelde dat het wijzigingsbeding niet voldeed aan het transparantievereiste, aangezien consumenten geen goed beeld hadden van de renteopslag en de werking van het beding. ABN AMRO heeft daarnaast de reden voor een verhoging van de opslag onvoldoende uitgelegd aan zijn klanten.⁴

ABN AMRO heeft hierop besloten in cassatie te gaan bij de HR. In de cassatieprocedure heeft ABN AMRO verschillende argumenten aangedragen waarbij ABN AMRO van mening was dat het arrest van het hof gecasseerd dient te worden. Eén van de argumenten van ABN AMRO was dat het hof niet voldoende heeft meegewogen dat de consument de mogelijkheid had om over te stappen naar een andere rentevorm. De HR is het eens met dit argument van ABN AMRO.⁵ Verder was de HR van mening dat het hof onvoldoende aandacht heeft besteed aan het feit dat consumenten de lening op

¹ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830.

² Rb Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848

³ Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.11.

⁴ Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.10.

⁵ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 4.1.2.

elk moment geheel of gedeeltelijk boetevrij konden aflossen.⁶ Daarnaast was de HR het niet eens met het hof dat het niet voldoen aan het transparantievereiste beslissend is voor de oneerlijkheid van een beding.⁷ Hierop besloot de HR de uitspraak van het hof te casseren en verwees het geding naar het Gerechtshof in Den Haag.⁸

Nog voor het Gerechtshof Den Haag zich kon buigen over deze zaak, hebben ABN AMRO en de Stichting Euribar uiteindelijk op 14 februari 2020 een akkoord bereikt over een schikking met betrekking tot klanten met een zogenoemde Euribor-Woninghypotheek.⁹ Stichting StopdeBanken heeft de schikking afgewezen, zij is van mening dat het aanbod van de bank te laag is. Op 13 februari 2020 heeft zij ABN AMRO opnieuw gedagvaard. De procedure zal naar verwachting in juni 2020 hervat worden.¹⁰

De gehele Euribor-procedure heeft vele jaren geduurd en is dus nog steeds niet afgerond. Tegelijkertijd heeft deze procedure wel een aantal interessante juridische inzichten voortgebracht met betrekking tot onder andere de betekenis van Richtlijn 93/13/EEG, ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen, richtlijn conforme interpretatie, de elementen van de oneerlijkheidstoets en de betekenis van het transparantievereiste. Maar welke lering kan nu getrokken worden uit deze procedure voor de juristen die algemene voorwaarden opstellen? Ofwel, welke elementen zijn van belang bij het opstellen van (bedingen in) algemene voorwaarden? Om hier antwoord op te geven, luidt de probleemstelling van deze scriptie als volgt:

Hoe dienen algemene voorwaarden door praktijkjuristen te worden opgesteld, zodat er voldaan wordt aan de verplichtingen gesteld in de Richtlijn 93/13/EEG, en hierdoor de kans op ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen door de rechter ten nadele van de gebruiker zo klein mogelijk wordt?

⁶ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 4.1.2.

⁷ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 5.2.2.

⁸ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 6.

⁹ abnamro.com/nl/newsroom/persberichten/2020/akkoord-abn-amro-en-stichting-euribar-over-euribor-woninghypotheek.html

¹⁰ stopdebanken.nl/informatie

1.2. Onderzoeksmethode en deelvragen

Om tot een beantwoording te komen van de bovengenoemde probleemstelling, zal ik gebruikmaken van een aantal deelvragen. Zo heb ik allereerst in deze scriptie onderzoek gedaan naar wat er verstaan wordt onder ‘ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden’ in het kader van de Richtlijn 93/13/EEG. Hierbij heb ik onderzocht wat de gevolgen zijn voor (praktijk)juristen bij het opstellen van algemene voorwaarden als gevolg van de ontwikkelde ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden. Dit heb ik onderzocht aan de hand van literatuur en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU). Ten tweede heb ik onderzocht wat dit betekent voor afdeling 6.5.3. BW inzake algemene voorwaarden. Dit heb ik onderzocht aan de hand van literatuur en jurisprudentie. Als derde heb ik onderzocht met welke elementen van de oneerlijkheidstoets opstellers van algemene voorwaarden rekening dienen te houden die tot de conclusie kunnen leiden dat een beding als onderdeel van de algemene voorwaarden als oneerlijk kan worden beschouwd. Dit heb ik onderzocht aan de hand van literatuur en jurisprudentie. Het onderzoek is in zijn geheel descriptief en normatief van aard.

1.3. Maatschappelijke relevantie van het onderzoek

Over de inhoud van algemene voorwaarden wordt doorgaans niet door een professionele gebruiker met een consument gesproken. Vaak bevindt de consument zich ook niet in de positie om met een professionele gebruiker over de inhoud van de algemene voorwaarden te onderhandelen.¹¹ De consument is snel gebonden aan algemene voorwaarden. Gebondenheid vindt plaats na aanbod en aanvaarding van de algemene voorwaarden.¹² Het is geen vereiste dat de andere partij bij de overeenkomst de inhoud van de algemene voorwaarden kent.¹³ Dit kan erin resulteren dat consumenten algemene voorwaarden hebben aanvaard waarin mogelijk oneerlijke bedingen zijn opgenomen. Dit leidt regelmatig tot juridische procedures zoals de Euribor-procedure, waarbij consumenten proberen het oneerlijke beding als onderdeel van de algemene voorwaarden aan te vechten. Dit zorgt voor een grote druk aan de kant van consumenten, de rechtspraak en de gebruikers van algemene voorwaarden. Om de kwaliteit van algemene voorwaarden te verbeteren, is mijn onderzoek erop gericht meer helderheid te verschaffen met betrekking tot de vereisten die volgen uit de Richtlijn 93/13/EEG en de relevante jurisprudentie voor met name het opstellen van algemene voorwaarden. Hiermee kan door zowel praktijkjuristen als opstellers en gebruikers van algemene voorwaarden rekening worden gehouden, zodat de kans dat een ambtshalve toetsing

¹¹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/459.

¹² Wessels & Jongeneel 2017, p. 126-130.

¹³ Wessels & Jongeneel 2017, p. 123.

door de rechter van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden ten nadele van de opteller zo klein mogelijk wordt. Dit onderzoek kan tevens resulteren in een strenger beleid met betrekking tot het opstellen van algemene voorwaarden, dat ten voordele van consumenten kan strekken en daarmee tot minder druk leidt voor de rechtsspraak. Dit heeft zowel juridische, financiële als economische voordelen.

Hoofdstuk 2. Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in het kader van de Richtlijn 93/13/EEG

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven waarmee praktijkjuristen rekening dienen te houden met betrekking tot de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in het kader van de Richtlijn 93/13/EEG. Allereerst wordt in par. 2.1. de Richtlijn 93/13/EEG beschreven om een beeld te geven van het Europese juridische kader. Vervolgens wordt in par. 2.2. beschreven wat er verstaan moet worden onder ambtshalve toetsing. Tot slot komt in par. 2.3. de Europese jurisprudentie van het HvJ EU aan bod, waarin wordt ingegaan op hetgeen in de Europese rechtsspraak is bepaald omtrent de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden.

2.1. Richtlijn 93/13/EEG

De consument wordt vaak gezien als de zwakke partij bij het aangaan van de overeenkomst.¹⁴ Dit is ook in Europa niet onopgemerkt gebleven. Zo hebben de Europese lidstaten zich ten doel gesteld om maatregelen te nemen om de belangen te verdedigen van consumenten.¹⁵ De reden hiervoor is dat consumenten als de zwakkere partij, een verdergaande bescherming nodig hebben tegen professionele partijen, aangezien de onderhandelingspositie van consumenten minder sterk is.¹⁶ In de laatste decennia is steeds meer Europese regelgeving erbij gekomen met als doel om consumenten te beschermen tegen professionele partijen, waarbij zoveel mogelijk een *level playing field* wordt nagestreefd waar de consument en professionele partij gelijkwaardig aan elkaar zijn.¹⁷

Een voorbeeld van een dergelijke Europese regelgeving is de in 1993 uitgevaardigde Richtlijn 93/13/EEG. De Richtlijn 93/13/EEG heeft als doel om de interne markt tussen de lidstaten te bevorderen en daarnaast het bieden van een minimum beschermingsniveau voor consumenten.¹⁸ Met minimum beschermingsniveau wordt bedoeld dat lidstaten strengere regels mogen vaststellen dan uit de Richtlijn 93/13/EEG volgt.¹⁹ De Richtlijn 93/13/EEG is van toepassing op nagenoeg alle overeenkomsten tussen consumenten en professionele tegenpartijen, enkele voorbeelden hiervan

¹⁴ Hage 2017/2.6.5.

¹⁵ Rinkes 2015, p. 32.

¹⁶ Rinkes 2009, p. 380-381.

¹⁷ Rinkes 2009, p. 381.

¹⁸ Asser/Hartkamp 3-I 2019/249.

¹⁹ Vgl. art. 8 Richtlijn 93/13/EEG.

zijn, huurovereenkomsten²⁰, energieleveringsovereenkomsten²¹, koopovereenkomsten²² en beleggingsproducten.²³ In overweging 10 bij de Richtlijn 93/13/EEG is een opsomming gegeven van het type overeenkomsten dat van het toepassingsgebied van de Richtlijn 93/13/EEG is uitgesloten. Bij het opstellen van de Richtlijn 93/13/EEG is gekozen voor een vrij algemene norm.²⁴ Hiervoor is gekozen in verband met de behoefte aan meer situatiegebonden maatwerk. Daarnaast is het eenvoudiger om overeenstemming te krijgen tussen lidstaten wanneer een open norm geformuleerd wordt.²⁵

Artikel 2 van de Richtlijn beschrijft wat er verstaan wordt onder de begrippen consument en verkoper. Onder een consument wordt volgens artikel 2 sub b Richtlijn 93/13/EEG verstaan “iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”. Onder verkoper wordt verstaan “iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.”²⁶

De belangrijkste bepaling van de Richtlijn is opgenomen in artikel 3 lid 1:

“Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”

In artikel 4 lid 2 is het bereik van de Richtlijn 93/13/EEG opgenomen. Zo is de Richtlijn 93/13/EEG van toepassing op bepalingen, zolang deze geen betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst zoals de prijs of de te leveren goederen. Artikel 5 beschrijft het transparantievereiste en het contra preferentum-beginsel.²⁷ Zo is op grond van art. 5 vereist dat “in het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.”

²⁰ HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse); HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (Ebecek/Stichting Trudo).

²¹ HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:C:EU:2013:180 (RWE Vertrieb).

²² HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon).

²³ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (Tijlhuis/Dexia).

²⁴ Considerans 15 Richtlijn 93/13/EEG

²⁵ Pavillon 2011 p. 12

²⁶ Artikel 2 sub c Richtlijn 93/13/EEG.

²⁷ Zie voor het contra preferentum beginsel uitgebreid: Hijma 2016/23a; Zie voor de verhouding tussen het transparantiebeginsel en de contra proferentum regel: Loos 2020, p. 8-11.

Art. 6 lid 1 van de Richtlijn 93/13/EEG schrijft voor dat de lidstaten ervoor zorg moeten dragen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten de consument niet binden. In lid 2 van art. 6 staat beschreven dat de lidstaten verplicht zijn om alles in het werk te stellen, zodat de consument de geboden bescherming van de Richtlijn 93/13/EEG niet kan worden ontzegd. Artikel 7 lid 1 verplicht de lidstaten maatregelen te nemen die ervoor zorgen dat in het belang van de consument en verkopers een eind wordt gemaakt aan het opnemen van oneerlijke bedingen in overeenkomsten. Lid 2 van art. 7 beschrijft dat in het nationale recht van de lidstaten de mogelijkheid moet bestaan om een oneerlijk beding te laten beoordelen door een rechter. Artikel 8 bepaalt dat lidstaten verder mogen gaan in de bescherming van consumenten door strengere regelingen aan te nemen of te handhaven, voor zover dit in lijn is met de Richtlijn 93/13/EEG.

In de Richtlijn 93/13/EEG is een bijlage opgenomen van contractuele bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd. Deze lijst is indicatief en niet limitatief en bevat zeventien bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd.²⁸ Of er sprake is van een oneerlijk beding in een concrete situatie, zal aan de hand van de open norm van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn moeten worden beoordeeld, en zal dus afhangen van de omstandigheden van het concrete geval.²⁹

De Richtlijn 93/13/EEG kent geen regeling inzake de totstandkoming van de overeenkomst. Dit is overgelaten aan de nationale rechtstelsels van de lidstaten. Op dit onderwerp is geen sprake van harmonisatie.³⁰ Aangezien het een richtlijn betreft, werkt de Richtlijn 93/13/EEG niet rechtstreeks. De Europese landen zijn verplicht om de bepalingen te implementeren in de wetstelsels van de lidstaten. In Nederland is dit geïmplementeerd in onder andere afdeling 6.5.3 BW. Zijn de bepalingen van de Richtlijn 93/13/EEG niet of niet op de juiste wijze geïmplementeerd, dan is het aan de nationale rechter om de nationale bepalingen richtlijnconform te interpreteren.³¹

2.2. Ambtshalve toetsing

Een particulier geeft aan een professionele aannemer de opdracht voor de verbouwing van zijn woning. De aannemer heeft hiervoor aan de particulier een offerte uitgebracht. De particulier accepteert de offerte en beide partijen sluiten een aannemingsovereenkomst. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van de aannemer van toepassing. Onderdeel van de algemene

²⁸ Bijlage bij art. 3 lid 3 Richtlijn 93/13/EEG; Hijma 2016/28a.

²⁹ Wat de lijsten betekenen in het kader van de oneerlijkheidstoets zie par. 4.4.

³⁰ Pavillon 2011 p. 12.

³¹ Zie voor de richtlijn conforme interpretatie nader par. 3.3.

voorwaarden is onder meer een boetebeding (boeterente) dat van toepassing is bij te late betaling. Over de betaling ontstaat onenigheid tussen partijen. De aannemer vordert hierop in de gerechtelijke procedure betaling van het door de particulier verschuldigde bedrag, vermeerderd met de contractueel bedongen boeterente. De rechtbank wijst deze vordering af. De aannemer gaat hierop in hoger beroep. De particulier voert verweer, echter de door hem aangevoerde verweren strekken er niet toe dat het boetebeding oneerlijk is. In hoger beroep wijst het hof de vordering alsnog toe, te vermeerderen met de contractuele rente.³²

Had het hof in dit geval eiser moeten helpen en het beding ambtshalve moeten toetsen, of is het de taak van de eiser zelf een beroep te doen op de oneerlijkheid van het beding?

Dagelijks worden vele soortgelijke overeenkomsten gesloten tussen consumenten aan de ene kant en professionele partijen aan de andere kant. Daarbij wordt massaal gebruikgemaakt van algemene voorwaarden die door de professionele partij eenzijdig worden opgesteld en die onderdeel uitmaken van de overeenkomst.³³ Mocht er onenigheid ontstaan tussen partijen over een beding in de algemene voorwaarden, dan is het aan de partijen om de feiten en omstandigheden aan te voeren om toepassing te kunnen geven aan consumentenbeschermende bepalingen.³⁴ Zoals hierboven in de casus is geschetst, wordt dit niet altijd als zodanig door partijen aangevoerd en vallen daarmee buiten de rechtsstrijd.³⁵ Dit heeft te maken met de partijautonomie, zo is het in beginsel aan de partijen om de aard en de omvang van het geding te bepalen.³⁶ Artikel 24 Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bepaalt dat de grenzen van de rechtsstrijd worden bepaald door de feiten en omstandigheden die partijen hebben opgenomen in hun vordering, verzoek of verweer. Daarnaast is het de taak van de partijen de feiten te stellen en zo nodig te bewijzen.³⁷ Dit betekent echter niet dat de rechter in het civiele proces volledig onderworpen is aan de wil van de partijen.

Het is de taak van de rechter om zelfstandig na te gaan welke rechtsregels op de feiten van toepassing zijn, hierbij is de rechter niet afhankelijk van de door partijen ingeroepen rechtsregels. De wetgever heeft in artikel 25 Rv omschreven dat de rechter gehouden is de rechtsregels ambtshalve aan te vullen. Verder heeft de rechter de ambtshalve bevoegdheid om zijn beslissing te baseren op andere feiten, echter enkel wanneer dit de toepassing betreft van een rechtsgrond die van openbare

³² De feiten in dit voorbeeld zijn gebaseerd op het arrest Heesakkers/Voets, te vinden via: HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691(Heesakkers/Voets).

³³ Asser/Sieburgh 6-III 2018/458.

³⁴ Ancery & Krans 2016, p. 825.

³⁵ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/91.

³⁶ Stein & Reub 2018, p. 40.

³⁷ Stein & Reub 2018, p. 41.

orde is.³⁸ Regels van communautair recht zijn regelmatig van dwingend recht, dit betekent echter niet automatisch dat deze regels hiermee van openbare orde zijn en de rechter deze ambtshalve dient toe te passen. Hiervoor is aanvullend vereist dat er sprake is van “een concreet communautair belang van fundamenteel gewicht.”³⁹

In het consumentenrecht zien wij een actievere rol van de rechter in versterkte mate terugkomen. In veel procedures tussen consumenten en professionele partijen beschikt de rechter regelmatig over te weinig feiten om toepassing te geven aan een consumentenbeschermende bepaling. Dit komt doordat consumenten deze feiten niet aanvoeren en hierdoor dus geen onderdeel uitmaken van de procedure.⁴⁰ Ook professionele partijen voeren niet altijd alle relevante feiten aan tijdens een procedure.

Om te zorgen dat de rechter toch kan beschikken over de juiste feiten en gegevens tijdens te procedure, is in art. 21 Rv de waarheidsplicht opgenomen. Art. 21 Rv bevat een verplichting voor partijen in een juridische procedure tot het aanvoeren van alle relevante feiten en een verplichting tot het aanvoeren van bewijsmateriaal.⁴¹ De HR heeft bepaald dat een rechter de bevoegdheid heeft om ambtshalve te beoordelen of partijen aan de waarheidsplicht op grond van art. 21 Rv hebben voldaan.⁴² Verder heeft de rechter op basis van art. 22 Rv de bevoegdheid partijen te bevelen informatie, die relevant is voor de zaak, te overleggen. Wanneer partijen niet voldoen aan het in art. 21 en 22 Rv gestelde, dan kan de rechter hieraan gevolgen verbinden.⁴³

2.3. Wat heeft het HvJ EU bepaald met betrekking tot de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden?

De hiervoor beschreven Richtlijn/93/13/EEG bepaalt niet of de rechter een (vermoedelijk) oneerlijk beding ambtshalve moet toetsen. Het ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen is ontwikkeld door het HvJ EU. In het Océano-arrest⁴⁴ heeft het HvJ EU een eerste en zeer belangrijk stap gezet richting een ambtshalve toetsing door de rechter. Dit arrest zal hieronder als eerst worden besproken. In latere arresten heeft het HvJ EU de ambtshalve toetsing verder aangescherpt en verduidelijkt.

³⁸ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100.

³⁹ Ras & Hammerstein 2017/56a.

⁴⁰ Ancery & Krans 2016, p. 825.

⁴¹ El Gamali & Tjong Tjin Tai 2019, p. 57.

⁴² HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, r.o. 3.3.

⁴³ Zie tweede zin art. 21 Rv; HR 18 november 2011, ECLI:NL:2011:BS1706 (ISG Holding BV/Meropa BV), r.o. 3.5.1.

⁴⁴ HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (Océano).

Océano

Op 27 juni 2000 heeft het HvJ EU in het *Océano*-arrest geoordeeld dat de rechter een bevoegdheid heeft bedingen, als onderdeel van de algemene voorwaarden, ambtshalve te toetsen. Het arrest betrof een geschil omtrent een forumkeuzebeding dat onderdeel was van de algemene voorwaarden van een verkoper van encyclopedieën. Op basis van het beding was de rechter in Barcelona bevoegd verklaard. De koper van de encyclopedie bleef in gebreke met de betaling en de verkoper besluit hierop betaling te vorderen bij de rechter in Barcelona. De rechter vraagt zich echter af of hij bevoegd is kennis te nemen van het geschil. Er is geen eenduidigheid bij Spaanse nationale rechterlijke instanties of dergelijke bedingen ambtshalve kunnen worden getoetst. Op basis hiervan is de Spaanse rechter overgegaan tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. Het HvJ EU overweegt dat er een risico bestaat dat de consument het (oneerlijke) beding niet voorlegt aan de rechter uit onbekendheid of in verband met de kosten van een procedure.⁴⁵ Volgens het HvJ EU kan een consument dus enkel effectief worden beschermd, indien de nationale rechter ambtshalve kan toetsen. Hoewel het HvJ EU zich zelden uitspreekt over de oneerlijkheid van een beding, bepaalde het HvJ EU in dit arrest dat het forumkeuzebeding oneerlijk is op grond van art. 3 Richtlijn 93/13/EEG.⁴⁶

Cofidis⁴⁷ en Mostaza Claro⁴⁸

In het *Cofidis*-arrest ging het om een kredietovereenkomst. *Cofidis* verstrekt aan een consument (*Fredout*) een krediet. De consument blijft in gebreke met betalen en hierop vordert *Cofidis* betaling van het nog verschuldigde bedrag bij de rechter. De rechter oordeelt dat er sprake is van een onduidelijk en onvoldoende duidelijk leesbaar beding, wat misleidend is voor de consument.⁴⁹ De rechter constateert dat het Franse recht een vervaltermijn van twee jaar kent, waarbinnen de consument moet klagen over de oneerlijkheid van het beding. Deze Franse wet is niet in lijn met art. 6 Richtlijn 93/13/EEG, waarop de rechter besluit een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU. Het HvJ EU oordeelde dat de Franse wet zoveel mogelijk moet worden uitgelegd met inachtneming van de bewoordingen en de doelstelling van deze richtlijn. In het *Cofidis*-arrest beriep het HvJ EU zich op het doeltreffendheidsbeginsel en oordeelde dat de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn 93/13/EEG aan het (Franse) nationale recht in de weg staan.⁵⁰

⁴⁵ HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*) r.o. 26.

⁴⁶ HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), punt 24.

⁴⁷ HvJ EU 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*).

⁴⁸ HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*).

⁴⁹ HvJ EU 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*), punt 13.

⁵⁰ HvJ EU 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*), punt 35.

In het arrest *Mostaza Claro* ging het om een abonnementsovereenkomst met betrekking tot telefoniediensten. In deze zaak ging het om een arbitragebeding. De aanbieder van de telefoniediensten besloot de arbitrageprocedure te starten nadat *Mostaza Claro* zich niet heeft gehouden aan de minimale abonnementsperiode. *Mostaza Claro* ageert tegen de grond van het geschil, maar beroept zich niet op de nietigheid van het arbitragebeding. De arbitrage instantie besluit vervolgens in het nadeel van *Mostaza Claro*. Hierop stapt *Mostaza Claro* naar de rechter met een beroep op de oneerlijkheid van het arbitragebeding. De rechter vraagt zich af of hij het arbitragebeding wel mocht beoordelen, aangezien *Mostaza Claro* het arbitragebeding niet in de arbitrageprocedure heeft aangevochten. Hierop besluit de rechter een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU. Het HvJ EU verwijst in deze zaak naar het arrest *Océano en Cofidis* en bepaalt dat de rechter ook het in deze casus geschetste beding ambtshalve mag toetsen. De HvJ EU overweegt:

“In die omstandigheden is het niet uitgesloten dat de doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk, zoals in punt 27 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, niet wordt bereikt indien de rechter bij wie een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis is ingesteld over dit vonnis niet kon oordelen enkel op grond dat de consument de nietigheid van de arbitrageovereenkomst niet in het kader van de arbitrageprocedure heeft opgeworpen.”⁵¹

*Pannon*⁵²

In het *Pannon*-arrest ging de HvJ EU een stap verder. In dit arrest heeft de HvJ EU bepaald dat de ambtshalve toetsing niet een bevoegdheid is, maar een verplichting “zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.”⁵³ In dit arrest ging het om het volgende: *Győrfi* (consument) sluit met *Pannon* (verkoper) een abonnementscontract af voor telefoniediensten. Op grond van de algemene voorwaarden kwamen beide partijen overeen dat eventuele rechtsgeschillen moeten worden gebracht voor de rechter van de plaats waar *Pannon* is gevestigd. Hier is sprake van een forumkeuzebeding waarover door beide partijen niet is onderhandeld. Volgens het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van Hongarije is het aan de rechter om ambtshalve te onderzoeken of hij bevoegd is. Echter, dit kan niet wanneer het geval aan de orde is gesteld nadat *Győrfi* een verweerschrift over de grond van de zaak heeft ingesteld.⁵⁴ Hierop besluit de rechter, die twijfelt of het forumkeuzebeding mogelijk oneerlijk is, het HvJ EU een prejudiciële vraag te stellen. Deze prejudiciële vraag luidt als volgt:

⁵¹ HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*), punt 30.

⁵² HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*).

⁵³ HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt. 32.

⁵⁴ HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 18.

“Verlangt de door richtlijn 93/13[...] gewaarborgde consumentenbescherming dat de nationale rechter – ongeacht de aard van de procedure, al dan niet op tegenspraak –, ook wanneer geen daartoe strekkend verzoek is ingediend, dat wil zeggen zonder dat het oneerlijke karakter van het beding wordt betwist, ambtshalve toetst of de hem overgelegde overeenkomst oneerlijke bedingen bevat, en aldus in het kader van de toetsing van zijn eigen bevoegdheid *ratione loci* de door de verkoper opgestelde bedingen ambtshalve onderzoekt?”⁵⁵

De HvJ EU antwoordt hierop als volgt:

“De geadieerde rechter moet dus het nuttig effect verzekeren van de door de richtlijnbevestigingen gewenste bescherming. Derhalve houdt de rol die het gemeenschapsrecht aldus de nationale rechter op het betrokken gebied toebedeelt, niet alleen louter de bevoegdheid in om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting om die kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt, en dus ook wanneer hij toetst of hij *ratione loci* bevoegd is.”⁵⁶
(onderstreping toegevoegd)

*Asturcom*⁵⁷

Onderdeel van de algemene voorwaarden bij de mobiele telefonieovereenkomst tussen Asturcom en Rodriguez Nogueira, was een arbitragebeding. Asturcom startte een arbitrageprocedure tegen Rodriguez bij de gestelde arbitrage-instantie in verband met een betalingsachterstand en een opzegging van het mobiele telefonieabonnement nog vóór de abonnementsperiode was afgelopen. Rodriguez is vervolgens veroordeeld tot het betalen van een bedrag. Rodriguez betaalt dit bedrag niet en Asturcom besluit hierop naar de rechter te stappen. De rechter oordeelt dat het arbitragebeding jegens Rodriguez oneerlijk is, omdat de kosten die Rodriguez moet maken om te reizen naar de arbitrage-instantie niet in verhouding staan tot het bedrag waarvoor Rodriguez is veroordeeld. Daarnaast is de afstand die Rodriguez moet maken om het arbitrage-instituut te bereiken, te groot.

In deze zaak heeft de HvJ EU geoordeeld dat art. 6 Richtlijn 93/13/EG een norm is die gelijk staat aan de nationale regels van openbare orde. Of zoals het HvJ EU het verwoordt:

⁵⁵ HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (Pannon), punt 19.

⁵⁶ HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (Pannon), punt 32.

⁵⁷ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom).

“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.”⁵⁸

Dit betekent dat de nationale rechter op grond van de nationale regels van procesrecht, ambtshalve moet bepalen of een (arbitrage)beding in conflict is met de nationale regels van openbare orde.

Zoals hierboven uiteengezet, heeft het HvJ EU de nationale rechter al verplicht om bedingen die vallen onder het bereik van de Richtlijn 93/13/EG, ambtshalve te toetsen. In het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider⁵⁹ is het HvJ EU nog een stapje verder gegaan. Het HvJ EU verplicht de nationale rechter om ambtshalve instructiemaatregelen te nemen om te onderzoeken of het beding binnen de werkingssfeer van de Richtlijn 93/13/EEG valt. Het HvJ EU heeft in dit arrest twee fases onderscheiden:

(1) allereerst een onderzoek of het specifieke beding binnen de werking van de Richtlijn 93/13/EEG valt en;

(2) zodra dit is vastgesteld, moet het beding ambtshalve getoetst worden.⁶⁰

In de literatuur is veel geschreven over de introductie van de ambtshalve toetsing. In het rapport van het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht (LOVCK&T) wordt de door de HvJ EU ontwikkelde ambtshalve toetsing als volgt omschreven:

“Ambtshalve toetsing is dus: het verplicht toepassen van de in het Nederlands recht geïmplementeerde normen van (niet alleen meer) Europees consumentenrecht, zonder dat de consument daar een beroep op heeft gedaan.”⁶¹

Er wordt met andere woorden van de rechter verwacht dat hij ambtshalve en hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd de oneerlijkheid van het beding toetst.⁶² Hijma en Loos koppelen de introductie van de ambtshalve toetsing aan het effectiviteitsbeginsel.⁶³ Daarnaast is volgens Pavillon de verplichte ambtshalve toetsing een uitvloeisel van het met het effectiviteitsbeginsel samenhangende beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁶⁴ De uiteindelijke doelstelling van de

⁵⁸ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom), punt 52.

⁵⁹ HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (Pénzügyi Lízing/Schneider).

⁶⁰ Spanjaard 2011, p. 79.

⁶¹ ‘Ambtshalve toetsing III, Herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T’, mei 2018, p. 8. Te vinden via: rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf

⁶² Ancery & Krans 2016, p. 825-826

⁶³ Asser/Hartkamp 3-I 2019/109; Hijma 2016/44a; Loos 2018/5.6.

⁶⁴ Pavillon 2016, p. 347.

ambtshalve toetsing is om een “daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen”.⁶⁵ Hierbij is de gedachte van de rechtspraak van het HvJ EU geweest dat de markt verschoond dient te blijven van onredelijk bezwarende bedingen.⁶⁶

De ambtshalve toetsing heeft een consumentenrechtelijke achtergrond en is ontwikkeld in het kader van de Richtlijn 93/13/EEG. Hijma verwacht dat de ambtshalve toetsing ook zal verspreiden over anderen delen van het (Europees) consumentenrecht.⁶⁷ Diezelfde mening delen ook Hartkamp en Ancery.⁶⁸ Daarentegen is Ancery minder optimistisch over de verplichting tot ambtshalve toetsing binnen het Europees financieel toezichtrecht, waar doorgaans ook sprake is van zwakkere partijen.⁶⁹

Voor de opstellers van algemene voorwaarden is de verplichte ambtshalve toetsing van groot belang. Nationale rechters hadden al op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in bepaalde situaties de bevoegdheid om in een procedure ambtshalve te toetsen. Echter, met de introductie van de verplichte ambtshalve toetsing door het HvJ EU is deze verplichting sterk uitgebreid. Hierdoor wordt de omvang van de rechtsstrijd dus niet meer uitsluitend bepaald door hetgeen de partijen aandragen en kan een beding onderdeel worden van de rechtsstrijd wanneer de rechter overgaat tot ambtshalve toetsing.

⁶⁵ ‘Ambtshalve toetsing III, Herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T’, mei 2018, p. 9.

⁶⁶ Hendrikse, Huizen & Rinkes 2019/2.6.

⁶⁷ Hijma 2016/44b.

⁶⁸ Hartkamp 2015, p. 222 e.v.; Ancery 2018, p. 95.

⁶⁹ Ancery 2018, p. 94-99.

Hoofdstuk 3. De betekenis van de Richtlijn 93/13/EEG voor de Nederlandse regeling in afdeling 6.5.3. BW.

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat de Richtlijn 93/13/EEG betekent voor de Nederlandse regeling inzake algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3. BW. Allereerst wordt in par. 3.1. afdeling 6.5.3. BW inzake algemene voorwaarden beschreven. Vervolgens wordt in par. 3.2. een vergelijking gemaakt tussen de Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3. BW. Tot slot wordt in par. 3.3. beschreven wat de verhouding is tussen de Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3. BW en wat dit betekent voor de opstellers van algemene voorwaarden.

3.1. Afdeling 6.5.3. Burgerlijk Wetboek

Algemene voorwaarden zijn opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt.⁷⁰ Doordat algemene voorwaarden in meerdere overeenkomsten gebruikt kunnen worden, leidt dit tevens tot kostenbesparingen, aangezien de opstellers van de algemene voorwaarden niet continu bij iedere overeenkomst over de algemene voorwaarden hoeven te onderhandelen. In de algemene voorwaarden kan rekening gehouden worden met veel situaties wat de rechtszekerheid ten goede komt.⁷¹ Verder zorgen gestandaardiseerde algemene voorwaarden voor een uniformering en vereenvoudiging van de bedrijfsvoering.⁷² Het doel van het gebruik van algemene voorwaarden is om het proces van het sluiten van een overeenkomst zoveel mogelijk te vergemakkelijken en te versnellen.⁷³ Immers, de wederpartij zal in de meest gevallen de voorwaarden niet lezen of hierover onderhandelen.⁷⁴ Wanneer een gehele branche gebruikmaakt van gestandaardiseerde algemene voorwaarden, ontstaat er ook geen concurrentie op het gebied van algemene voorwaarden. Wat als voordeel heeft dat de wederpartij zich niet steeds opnieuw hoeft te vergewissen van de inhoud van de algemene voorwaarden.⁷⁵ Hierdoor kunnen de onderhandelingen gevoerd worden over de essentie van de overeenkomst zijnde de prijs en kwaliteit.⁷⁶

Sinds 1992 is in afdeling 6.5.3 BW een regeling opgenomen met betrekking tot de algemene voorwaarden.⁷⁷ De doelstelling van afdeling 6.5.3. BW is de rechtelijke controle op het gebruik van

⁷⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/464-466.

⁷¹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/459; Hijma 2016, p. 1.

⁷² Pavillon 2011, p. 92.

⁷³ Loos 2018, p. 15.

⁷⁴ Asser/Sieburgh 6-III 2018/459.

⁷⁵ Wolters 2017, p. 116.

⁷⁶ Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1452.

⁷⁷ Wessels & Jongeneel 2017, p. 2.

algemene voorwaarden te verbeteren, het vergroten van de rechtszekerheid en de afdeling moet een stimulerende werking hebben op het overleg tussen belanghebbenden.⁷⁸

In art. 6:231 BW wordt de definitie gegeven van algemene voorwaarden. Zo zijn algemene voorwaarden “een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.” Hieruit vloeit dus voort dat bedingen die de kern van de prestatie aangeven, buiten de definitie vallen.⁷⁹

Voor het van toepassing zijn van de algemene voorwaarden gelden dezelfde voorwaarden als voor het tot stand komen van de overeenkomst.⁸⁰ Dat betekent dat er sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding.⁸¹ De wederpartij moet de algemene voorwaarden dus hebben aanvaard. Op grond van artikel 6:232 BW is voor aanvaarding niet vereist dat de andere partij kennis heeft van de inhoud van de algemene voorwaarden. Het is genoeg dat de andere partij op de hoogte is dat de algemene voorwaarden onderdeel zijn van de overeenkomst.⁸² De aanvaarding heeft dus niet zozeer betrekking op de inhoud van de algemene voorwaarden als wel op het samenstel van bedingen.⁸³

De wederpartij wordt tegen deze snelle aanvaarding door afdeling 6.5.3. BW beschermd. En deze bescherming wordt vormgegeven door de open norm van artikel 6:233 onder a BW. Op grond van art. 6:233 onder a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar “indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.” Artikel 6:233 onder b BW beschrijft de informatieplicht.⁸⁴ Dit artikel geeft een vernietigingsgrond wanneer de wederpartij niet in de mogelijkheid wordt gesteld om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Artikel 6:233 sub a BW toetst het beding, en niet de uitwerking van het beding. De omstandigheden op het moment van het sluiten van de overeenkomst zijn van belang, eventueel op een later moment intredende omstandigheden zijn dan niet van belang.⁸⁵ Of er sprake is van een onredelijk bezwarend beding hangt dus af van de omstandigheden van het geval ten tijde van de contractsluiting.⁸⁶

⁷⁸ Hijma 2016, p. 2-3.

⁷⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/467.

⁸⁰ Loos 2018, p. 59.

⁸¹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/474.

⁸² Art. 6:231 onder C BW; B Wessels & Jongeneel 2017, p. 126-127.

⁸³ Hijma 2016, p.24.

⁸⁴ Wessels & Jongeneel 2017, p. 183 e.v.

⁸⁵ Hijma 2016/25.

⁸⁶ Loos 2018, p. 159.

De consument wordt hierbij door de wetgever geholpen door een aantal lijsten met bedingen die geacht worden onredelijk bewarend te zijn of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn.⁸⁷ Twee van deze lijsten zijn terug te vinden in afdeling 6.5.3. BW. Artikel 6:236 BW is de zwarte lijst met bedingen, die ongeacht de omstandigheden van het geval te allen tijde vernietigbaar zijn.⁸⁸ Artikel 6:237 BW is de grijze lijst en beschrijft bedingen waarvan het vermoeden bestaat dat zij onredelijk bezwarend zijn. Het verschil met de zwarte lijst is dat de gebruiker ten aanzien van deze bedingen kan proberen het wettelijk vermoeden te weerleggen.⁸⁹

Afdeling 6.5.3. BW is van toepassing op iedere overeenkomst waarin algemene voorwaarden worden gehanteerd, echter specifieke wederpartijen kunnen op grond van art. 6:235 BW geen beroep doen op de vernietigingsgronden. Hierbij moet vooral gedacht worden aan grote wederpartijen, waarbij de gedachte is dat deze partijen geen specifieke bescherming nodig hebben tegen algemene voorwaarden.⁹⁰ Afdeling 6.5.3. BW is voor het overgrote deel van dwingend recht, wat betekent dat een tussen partijen gesloten overeenkomst, waarbij afdeling 6.5.3. BW wordt uitgesloten, vernietigbaar is.⁹¹

3.2. Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3 Burgerlijk Wetboek

Het doel van de regelingen in afdeling 6.5.3 BW en de Richtlijn 93/13/EEG is vergelijkbaar, beide regelingen hebben tot doel bescherming bieden tegen onredelijke bedingen.⁹² De beide regelingen kennen daarnaast een open norm. Zo komt de open norm van artikel 3 Richtlijn 93/13/EEG overeen met de open norm van artikel 6:233 onder a BW. Beide open normen worden daarnaast uitwerkt in een niet-uitputtende bedingenlijst. Ook hebben beide regelingen geen betrekking op kernbedingen.⁹³

Er zijn echter ook verschillen te herkennen tussen beide regelingen.⁹⁴ Zo is de bescherming van de Richtlijn 93/13/EEG enkel van toepassing op consumenten, daar waar afdeling 6.5.3. BW ook van toepassing is op niet-consumenten.⁹⁵ Ook de lijst met onredelijke bedingen van de Richtlijn 93/13/EEG wijkt flink af van de zwarte en grijze lijst zoals deze zijn opgenomen in afdeling 6.5.3. BW.

⁸⁷ Loos 2018, p. 253.

⁸⁸ Hijma 2016/28.

⁸⁹ Loos 2018, p. 273. In par. 4.4. wordt nader ingegaan op de verschillende lijsten.

⁹⁰ Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1631.

⁹¹ Valk, T&C Burgerlijk Wetboek 2019, art. 6:246 BW, aant. 1.

⁹² Wessels & Jongeneel 2017, p. 9.

⁹³ Artikel 6:231 onder a BW en art. 4 Richtlijn 93/13/EEG.

⁹⁴ Wessels & Jongeneel 2017, p. 10.

⁹⁵ Parl. Gesch. BW. Inv 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1455 e.v.

Er is vooral een verschil te herkennen tussen de sanctie 'niet binden' van art. 6 lid 1 van de Richtlijn 93/13/EEG en de vernietigbaarheid van art. 6:233 BW. In artikel 6:233 sub a-b BW en art. 6:234 lid 1 en 2 BW is het aan de wederpartij om een beroep te doen op de bescherming zoals geboden in deze artikelen. Met andere woorden, het is aan de wederpartij om zich op de vernietigingsgrond van art. 6:233 BW te beroepen.⁹⁶ De ratio voor de sanctie van art. 6 lid 1 van de Richtlijn 93/13/EEG is dat veel consumenten niet bekend zijn met consumentenbeschermende regels en daardoor niet snel een beroep zullen doen op hun rechten.⁹⁷ De vraag is dus of de vernietigbaarheid van art. 6:233 BW verenigbaar is met de sanctie van art. 6 lid 1 van de Richtlijn 93/13/EEG. In het arrest Heesakkers/Voets heeft de HR gekozen voor een praktische oplossing voor deze lacune. Heeft de rechter bepaald dat een beding oneerlijk is op grond van de Richtlijn 93/13/EEG, dan dient de rechter het beding ambtshalve te vernietigen.⁹⁸

3.3. De verhouding tussen de Richtlijn 93/13/EEG en afdeling 6.5.3. BW: Richtlijn conforme interpretatie

De Richtlijn 93/13/EEG moest op uiterlijk 31 december 2014 geïmplementeerd zijn in de nationale rechtsstelsels.⁹⁹ De Nederlandse wetgever was lange tijd van mening dat er geen aanpassingen in het BW hoefden te worden gedaan naar aanleiding van de Richtlijn 93/13/EEG, aangezien de gezochte bescherming reeds waren geborgd in het BW.¹⁰⁰ Uiteindelijk is toch een implementatiewet gemaakt toen duidelijk werd dat het standpunt van de Nederlandse wetgever niet houdbaar bleek.¹⁰¹ De implementatiewet behelst een drietal veranderingen van afdeling 6.5.3. BW. Voordat deze veranderingen op 17 november 1999 ingingen, was de Europese Commissie reeds een inbreukprocedure gestart waarbij duidelijk werd dat Nederland op de in de implementatiewet voorgestelde veranderingen in gebreke bleef.¹⁰²

Na de omzetting van de Richtlijn 93/13/EEG moet de Nederlandse wetgeving in lijn zijn met de bepalingen zoals deze voortvloeien uit de Richtlijn 93/13/EEG. Zijn hier mogelijk toch lacunes te ontdekken, dan is een belangrijke plaats ingericht voor de nationale rechters om het nationale recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren. De richtlijnconforme interpretatie gaat ver, zo moet de rechter het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen en toepassen in het licht van de

⁹⁶ Hijma 2016, p.73.

⁹⁷ Loos 2001, p. 101.

⁹⁸ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691(Heesakkers/Voets), r.o. 3.7.1-3.7.3; Hijma 2016/44a.

⁹⁹ Art. 10 Richtlijn 93/13/EEG.

¹⁰⁰ Hijma 2016, p.7.

¹⁰¹ Pavillon 2011, p. 70-71.

¹⁰² HvJ EU 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (Commissie/Nederland).

bewoordingen en het doel van de richtlijn.¹⁰³ Echter, aan richtlijnconforme interpretatie zijn wel grenzen verbonden, zo mag de rechtszekerheid nooit in het gedrang komen.¹⁰⁴ Een richtlijnconforme interpretatie mag daarnaast niet leiden tot een horizontale directe werking van richtlijnbevestigingen.¹⁰⁵

De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt algemeen.¹⁰⁶ Het is aan de rechter om te onderzoeken of onderdelen van afdeling 6.5.3 BW in lijn zijn met de Richtlijn 93/13/EEG, en daar waar nodig moet de rechter onderzoeken of een richtlijnconforme interpretatie nodig is. De open normen van art. 6:233 BW en art. 3 Richtlijn 93/13/EEG komen voor het grote deel overeen, waardoor een richtlijnconforme interpretatie niet direct tot grote problemen hoeft te leiden.¹⁰⁷

Een richtlijnconforme interpretatie is niet hetzelfde als de interpretatie van de Richtlijn 93/13/EEG. Het is aan de rechter om te onderzoeken wat de richtlijn inhoudt, voordat er tot richtlijnconforme interpretatie kan worden overgegaan.¹⁰⁸ Wanneer het voor de nationale rechter niet duidelijk is hoe de richtlijn moet worden geïnterpreteerd, is hij bevoegd op grond van het communautaire recht een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU.¹⁰⁹ Er bestaat een verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag indien de rechter in laatste instantie recht spreekt en de uitleg van het communautaire recht noodzakelijk is voor de beslissing van de procedure.¹¹⁰

Uiteindelijk is het altijd aan de nationale rechter om te beslissen of uitleg nodig is met betrekking tot de Richtlijn 93/13/EEG om over het geschil te beslissen. Dit hoeft bijvoorbeeld niet wanneer de nationale rechter de mening is toegedaan dat de nationale regeling meer bescherming biedt dan de Richtlijn 93/13/EEG, en wanneer de rechter van mening is dat over de uitleg van het communautaire recht geen enkele twijfel bestaat.¹¹¹

Het is van belang dat nationale rechters kennis hebben van de uitspraken van andere rechters uit andere landen, immers een uitspraak met betrekking tot de uitleg van de Richtlijn 93/13/EEG van een hoogste rechter uit een andere lidstaat, heeft dezelfde status als een vergelijkbare uitspraak van

¹⁰³ Giesen 2020/36.

¹⁰⁴ Keus 2019/12.44.

¹⁰⁵ Wessels & Jongeneel 2017, p. 13.

¹⁰⁶ Wessels & Jongeneel 2017, p. 13.

¹⁰⁷ Wissink 2001/376.

¹⁰⁸ Wessels & Jongeneel 2017, p. 14.

¹⁰⁹ Art. 267 VWEU

¹¹⁰ Wessels & Jongeneel 2017, p. 14.

¹¹¹ HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilvit), r.o.21.

de HR.¹¹² Voor uitspraken met betrekking tot de Richtlijn 93/13/EEG is er een mogelijkheid voor rechters van andere lidstaten om de uitspraken te raadplegen via het EU Consumer Law Compendium.¹¹³ Dit bevordert de uniforme uitleg en toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG door de rechters van de lidstaten.¹¹⁴

De richtlijnconforme interpretatie betekent voor opstellers van algemene voorwaarden dat zij zich rekenschap dienen te geven van, niet alleen afdeling 6.5.3.BW, maar ook van de Richtlijn 93/13/EEG. Door de verplichte richtlijnconforme interpretatie is een regeling, opgenomen in de Richtlijn 93/13/EEG, van invloed op de bedingen in algemene voorwaarden. Het door de opstellers regelmatig laten toetsen van algemene voorwaarden aan Europees consumentenrecht kan mogelijk voorkomen dat een rechter bedingen in algemene voorwaarden in het kader van de ambtshalve toetsing vernietigt. Hierbij kan het raadplegen van uitspraken van buitenlandse rechters helpen om een goed beeld te krijgen van de uniforme uitleg en toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG.

¹¹² Wessels & Jongeneel 2017, p. 19.

¹¹³ Te bereiken via: eu-consumer-law.org/index.html.

¹¹⁴ Wessels & Jongeneel 2017, p. 19.

Hoofdstuk 4. De elementen waarmee praktijkjuristen rekening dienen te houden bij het opstellen van algemene voorwaarden

In de voorgaande hoofdstukken is vastgesteld dat praktijkjuristen zich rekenschap moeten geven van de Richtlijn 93/13/EEG bij het opstellen van algemene voorwaarden. Daarnaast dienen opstellers van algemene voorwaarden er rekening mee te houden dat bij een eventueel geschil over de algemene voorwaarden, een beding door de verplichte ambtshalve toetsing, onderdeel kan gaan uitmaken van de rechtsstrijd. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet dat praktijkjuristen bij het opstellen rekening dienen te houden met de elementen van de in de literatuur en jurisprudentie ontwikkelde oneerlijkheidstoets. In par. 4.1. wordt een uiteenzetting gegeven van wat er verstaan wordt onder de oneerlijkheidstoets. In de paragrafen daaropvolgend worden de specifieke elementen van de oneerlijkheidstoets beschreven.

4.1. De oneerlijkheidstoets

Een beding is op grond van art. 6:233 BW vernietigbaar wanneer voldaan wordt aan de elementen die in de wettekst staan beschreven en het beding daardoor onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.¹¹⁵ Is er sprake van een *business to consumer*-verhouding, dan moet de open norm van art. 6:233 BW worden geïnterpreteerd conform de Richtlijn 93/13/EEG.¹¹⁶ Eenzelfde open norm als in art. 6:233 BW zien wij ook terugkomen in art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG:

“Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”

Artikel 3, lid 1 verschaft het algemene toetsingskader. Hiermee moet het oneerlijke karakter van contractuele bedingen worden beoordeeld. Afwijking door een lidstaat van dit algemene toetsingskader is enkel mogelijk wanneer de nationale omzetting in het voordeel is van de consument.¹¹⁷ Bedingen zijn op grond van artikel 3, lid 1 oneerlijk wanneer deze:

— “strijdig zijn met het vereiste van goede trouw, en

¹¹⁵ Loos 2018, p.159.

¹¹⁶ Wessels & Jongeneel 2017, p. 152.

¹¹⁷ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p. 30. Te vinden via: [eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=NL)

— het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoren.”¹¹⁸

In art. 4 Richtlijn lid 1 Richtlijn 93/13/EEG staat beschreven:

“Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of het beding onredelijk bewarend is voor de individuele wederpartij.¹¹⁹ Om de oneerlijkheid (of onredelijk bezwarendheid) van een beding in een concrete situatie te kunnen beoordelen, is het aan de rechter om een oneerlijkheidstoets uit te voeren. Het HvJ EU heeft bepaald dat het de verantwoordelijkheid is van de nationale rechter om op grond van de omstandigheden van het geval te beoordelen of een beding oneerlijk is conform de Richtlijn 93/13/EEG, dan wel, onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW.¹²⁰ Het HvJ EU heeft de nationale rechters wel voorzien van enige handvatten om in een concreet geval tot een beoordeling te komen, die de nationale rechters op basis van richtlijnconforme uitleg moeten eerbiedigen.¹²¹ Het HvJ EU heeft er meermaals op gewezen dat het haar verantwoordelijkheid is richtsnoeren te geven over de uitleg van het oneerlijke karakter van een beding. Echter, het is aan de lidstaten en de nationale rechtbanken om de oneerlijkheid van contractuele bedingen te beoordelen waarbij de specifieke omstandigheden van elke zaak in acht genomen dienen te worden.¹²²

Om tot een beoordeling te komen van de oneerlijkheid van een beding, zal de nationale rechter een oneerlijkheidstoets moeten uitvoeren. Diezelfde oneerlijkheidstoets kan door praktijkjuristen gebruikt worden om de algemene voorwaarden op te stellen en te toetsten. In de literatuur en de jurisprudentie zijn vijf elementen gedefinieerd die kunnen vaststellen of een beding in een concreet geval oneerlijk is. Deze zijn:

¹¹⁸ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p.29.

¹¹⁹ Wessels & Jongeneel 2017, p. 155.

¹²⁰ Zie o.a. HvJ EU 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (Hofstetter), punt 21; HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135 (arbitraal beding), r.o. 3.5.

¹²¹ HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt. 28; HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado), punt. 20.

¹²² ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p. 21.

- 1: een vergelijking van het wettelijk kader;
 - 2: de balans binnen de overeenkomst;
 - 3: de vaststelling van de redelijke verwachtingen van de wederpartij;¹²³
 - 4: een beding komt voor op één van de Europese of nationale lijst met verboden, of vermoedelijk verboden bedingen;
 - 5: het beding moet voldoen aan het transparantievereiste.
- De afzonderlijke onderdelen van de oneerlijkheidstoets worden in de navolgende paragrafen beschreven.

4.2. Een vergelijking van het wettelijk kader

Het eerste element waar praktijkjuristen rekening met dienen te houden bij het opstellen van algemene voorwaarden, is de vergelijking van een beding als onderdeel van de algemene voorwaarden met het wettelijk kader. Met een vergelijking van het wettelijk kader wordt bedoeld dat als het ware een fictieve rechtstoestand wordt voorgesteld, waarbij het beding geen onderdeel zou uitmaken van de overeenkomst.¹²⁴ In de parlementaire geschiedenis is deze methode als volgt omschreven: “Een onredelijk bezwarend beding is een beding waarin wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder dat beding zou hebben gehad.”¹²⁵ Door middel van een dergelijke vergelijking is de opsteller van de algemene voorwaarden in staat om te bepalen of de overeenkomst de consument in een juridisch slechtere positie brengt dan hij zou hebben gehad op grond van het toepasselijke verbintenissenrecht van het nationale recht van de lidstaat. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer bedingen de rechten die de consument ontleent aan het nationale recht worden beperkt of wanneer de uitoefening van de rechten moeilijker wordt gemaakt. Daarnaast kan het bijvoorbeeld zo zijn dat op basis van een beding in de algemene voorwaarden een extra of zwaardere verplichting wordt opgelegd aan de consument die hij niet zou hebben gehad op basis van de nationale regelgeving.¹²⁶ Als voorbeeld kan hierbij gedacht worden aan een onevenredig hoge boete die voortvloeit uit de algemene voorwaarden en die niet in verhouding staat tot de rechten die de consument zou hebben gehad op basis van de wettelijke regelingen inzake nakoming.¹²⁷

¹²³ Zie voor de eerste drie elementen: Pavillon 2011, p. 18 e.v.

¹²⁴ Pavillon 2011, p.19-21.

¹²⁵ Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1579.

¹²⁶ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p. 31.

¹²⁷ Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL: RBNHO:2016:1350, r.o. 4.12.

Dat de vergelijkingsmethode een rol speelt in het beoordelen van de oneerlijkheid van een beding, is onderkend door de Europese Commissie. Echter, zij is wel van mening dat de vergelijkingsmethode één van de elementen is om tot een oneerlijkheidsoordeel te komen. De reden hiervoor is dat de Europese Commissie van mening is dat deze methode mogelijk tot zeer verschillende uitkomsten kan leiden.¹²⁸

Kijkend naar de Richtlijn 93/13/EEG wordt niet veel aandacht besteed aan de vergelijking met het wettelijk kader.¹²⁹ De laatste jaren verschaft het HvJ EU steeds meer duidelijkheid als het aankomt op uitleg van open normen.¹³⁰ Zo heeft het HvJ EU in het Hofstetter-arrest overwogen dat een vergelijking met het op de overeenkomst toepasselijke nationale recht mogelijk moet zijn om de context van het beding te beoordelen.¹³¹ In het Aziz-arrest¹³² heeft het HvJ EU het volgende overwogen over de vergelijkingsmethode:

“(…) om te bepalen of een beding een „aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt.”¹³³

Het HvJ EU lijkt in het Constructora Principado-arrest¹³⁴ nog een stapje verder te gaan. Het HvJ EU overweegt:

“Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan daarentegen reeds resulteren uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt

¹²⁸ ‘Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, april 2000, p. 32. Te vinden via: eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vikqhi28flyb

¹²⁹ Uitzondering: bijlage bij artikel 3 lid 3 onder b Richtlijn 93/13/EEG.

¹³⁰ Pavillon 2011, p 19.

¹³¹ HvJ EU 1 april 2004, C 237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (Hofstetter), punt 21.

¹³² HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz).

¹³³ HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), punt 68.

¹³⁴ HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado).

beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien.”¹³⁵

Dit zou betekenen dat wanneer de vergelijking van het contractuele beding en het wettelijk kader negatief uitpakt, dit alleen al zou betekenen dat er sprake is van een oneerlijk beding. Overigens moet dan wel sprake zijn van een ernstige beperking of belemmering.¹³⁶ Ook de HR lijkt in het Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering-arrest deze lijn van het HvJ EU te volgen.¹³⁷

Of dit zelfstandige element van de oneerlijkheidstoets daadwerkelijk leidt tot het beoordelen van het beding als oneerlijk (of onredelijk bezwarend), moet nog worden gezien. Het is hoe dan ook zaak dat praktijkjuristen de vergelijking van een beding met het wettelijk kader zwaar laten wegen bij het opnemen van een specifiek beding bij het opstellen van algemene voorwaarden.

4.3. De balans binnen de overeenkomst en de redelijke verwachtingen van de tegenpartij.

Het door praktijkjuristen afwegen van de belangen die vloeien uit de overeenkomst, is de methode van vaststelling van de verstoring die het meest aansluit bij de bewoordingen van art. 3. Lid 1 Richtlijn 93/13/EEG.¹³⁸ Uit art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG volgt immers dat het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen die partijen hebben op basis van de overeenkomst niet in het nadeel van de consument aanzienlijk mag worden verstoord. Wanneer een specifiek beding van het wettelijke kader afwijkt of op een andere wijze belastend is voor de wederpartij, dan dient de verstoring te worden vastgesteld door een onderzoek te doen naar de balans binnen de overeenkomst.¹³⁹ Wordt er gekozen voor het opnemen van een specifiek beding in de algemene voorwaarden dat de balans verstoort, dan is van belang dat het beding beoordeeld wordt in het licht van de gehele overeenkomst.¹⁴⁰ In het arrest *Radlinger*¹⁴¹ overwoog het HvJ EU dat het cumulatieve effect van alle bedingen in de overeenkomst relevant is voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een specifiek beding.¹⁴²

¹³⁵ HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado), punt 21.

¹³⁶ Ancery 2014, p. 105-106.

¹³⁷ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering), r.o. 3.8.2.

¹³⁸ Pavillon 2011, p. 21.

¹³⁹ Pavillon 2011, p. 21.

¹⁴⁰ Pavillon 2011, p. 22.

¹⁴¹ HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger).

¹⁴² HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger), punt 95.

Om hier concrete invulling aan te geven, is het aan de opstellers van algemene voorwaarden om een onderzoek uit te voeren naar de balans in de overeenkomst. Wordt bijvoorbeeld een beding opgenomen dat de rechten van de consument beperkt of ontzegt¹⁴³, dan is het belangrijk om vast te stellen of er iets tegenover het beding staat dat voor balans in de overeenkomst zorgt.¹⁴⁴ Oftewel, worden de nadelige effecten van het beding elders in de overeenkomst (deels) gecompenseerd? Als voorbeeld kan hier dienen, het recht van de wederpartij om de overeenkomst te ontbinden of een lagere prijs voor het product of de dienst. Hierbij speelt het evenredigheidsbeginsel tevens een belangrijke rol. Zo moet een beding geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en moet het niet verder gaan dan noodzakelijk is.¹⁴⁵ Dat een beding in een concreet geval buiten beschouwing wordt gelaten, omdat het in een concreet geval niet wordt toegepast, doet voor de toets niet ter zake.¹⁴⁶

De redelijke verwachtingen van de tegenpartij

De toets van de balans binnen de overeenkomst houdt nauw verband met de invulling van het vereiste van “de goede trouw” dat volgt uit art. 3 Richtlijn 93/13/EEG.¹⁴⁷ Het is dus niet enkel genoeg om te concluderen dat een specifiek beding de balans verstoort, maar het is ook belangrijk te onderzoeken of het specifieke beding qua inhoud in lijn is met eerlijke en billijke marktpraktijken en hierbij de belangen van de consument niet uit het oog wordt verloren.¹⁴⁸ Om hier concrete invulling aan te geven, heeft het HvJ EU in het arrest Aziz bepaald dat het in dit opzicht een relevante vraag is of de consument akkoord zou zijn gegaan met het specifieke beding, wanneer het voorwerp zou zijn geweest van afzonderlijke onderhandelingen.¹⁴⁹ Dit is later herhaald in de arresten Banco Primus¹⁵⁰ en Andriuc¹⁵¹.

In het arrest Banco Primus verwoordde de HvJ EU het als volgt:

“Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een dergelijke verstoring van het evenwicht „in strijd met de goede trouw” wordt veroorzaakt, moet worden vastgesteld dat, gelet op de zestiende overweging van richtlijn 93/13, de nationale rechter dient na te gaan of de verkoper, door

¹⁴³ Denk hier bijvoorbeeld aan een boetebeding of een wijzigingsbeding.

¹⁴⁴ Wessels & Jongeneel 2017, p. 158.

¹⁴⁵ Wessels & Jongeneel 2017, p. 159.

¹⁴⁶ Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL: PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR), r.o. 4.9.

¹⁴⁷ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p. 30.

¹⁴⁸ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, p. 30.

¹⁴⁹ HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), punt 69.

¹⁵⁰ HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus SA/Gutiérrez García).

¹⁵¹ HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc/Banca Romaneasca), punt 57.

op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument, redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat deze laatste een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.”¹⁵²

Het hangt van de omstandigheden van het geval af of een gebruiker van een specifiek beding ervan uit mag gaan dat de consument het beding zou aanvaarden wanneer daarover op eerlijke en billijke wijze was onderhandeld.¹⁵³ Hierbij is relevant of een beding regelmatig wordt gebruikt in vergelijkbare overeenkomsten in het rechtsverkeer.¹⁵⁴ In zijn conclusie op het arrest Aziz, verwoordde A-G. Kokott het als volgt:

“In dit verband is onder meer van belang of dergelijke bedingen gebruikelijk zijn, dat wil zeggen of zij in vergelijkbare overeenkomsten regelmatig in het rechtsverkeer worden gebruikt, dan wel eerder verrassend zijn, of er een objectieve reden voor het opnemen van de bedingen bestond en of de consument ondanks de verschuiving van het contractuele evenwicht ten gunste van de gebruiker van de bedingen, ten aanzien van het onderwerp van het betreffende beding niet verstoken is van bescherming.”¹⁵⁵

Hierbij spelen tevens de deskundigheid en kennis van de gebruiker van het beding een belangrijke rol.¹⁵⁶ Pavillon is verder van mening dat er een duidelijk correlatie is tussen risico en verstoring van evenwicht. Hoe groter het risico op een ongunstig effect van het beding in de toekomst, des te sneller er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractevenwicht.¹⁵⁷

In zijn conclusie voorafgaand aan het Euribor-arrest van de HR, stelt A-G Wissink dat het erop aankomt of de gebruiker van het beding in voldoende mate rekening heeft gehouden met de belangen van de consument. Daarnaast dient de gebruiker te goeder trouw te zijn wanneer hij met de andere partij onderhandelingen voert, met inachtneming van zijn legitieme belangen.¹⁵⁸

¹⁵² HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus SA/Gutiérrez García), punt 60.

¹⁵³ HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), punt 69-71.

¹⁵⁴ Wessels & Jongeneel 2017, p. 159-160.

¹⁵⁵ Concl. A-G J. Kokott, ECLI:EU:C:2012:700, bij HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), punt 74-75.

¹⁵⁶ HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc/Banca Romaneasca), punt 57

¹⁵⁷ Pavillon 2018, p. 92.

¹⁵⁸ Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL: PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR), r.o. 4.10; Vgl. Considerans 16 Richtlijn 93/13/EEG.

4.4. De lijsten

Een eerste aanwijzing voor de opstellers van algemene voorwaarden dat een beding mogelijk oneerlijk is, is door te kijken naar de verschillende nationale en Europese lijsten met (vermoedelijk) verboden bedingen. Dit maken de verschillende lijsten een belangrijk onderdeel van de oneerlijkheidstoets. Als uitwerking van de open norm van art. 6:233 onder a BW, zijn in art. 6:236 BW (zwarte lijst) en art. 6:237 BW (grijze lijst) een aantal bedingen opgenomen die als onredelijk bezwarend worden aangemerkt of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn.¹⁵⁹ Indien een beding niet onder de omschrijving van de grijze of zwarte lijsten valt, betekent dit niet dat het beding hierdoor niet onredelijk bezwarend kan zijn.¹⁶⁰

Daarnaast kent de Richtlijn 93/13/EEG een lijst met bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd, deze is opgenomen in de bijlage bij de Richtlijn 93/13/EEG.¹⁶¹ Deze lijst wordt ook wel de blauw lijst of oranje lijst genoemd.¹⁶² In het arrest Commissie/Zweden¹⁶³ heeft het HvJ EU bepaald dat de in de bijlage van de Richtlijn 93/13/EEG opgenomen bedingen indicatief zijn, niet-uitputtend en daarom niet automatisch als oneerlijk moeten worden aangemerkt.¹⁶⁴ De blauwe lijst bevat zeventien bedingen. Deze komen ten dele overeen met de zwarte/grijze lijst.¹⁶⁵

In het arrest Invitel gaat het HvJ EU in op de rol die de blauwe lijst speelt bij de oneerlijkheidstoets. Het HvJ EU overwoog als volgt:

“Hoewel de betrokken bijlage niet van dien aard is dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen, vormt zij evenwel een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren (...).”¹⁶⁶

Wat het HvJ EU heeft bepaald kan ook worden gezegd van de Nederlandse grijze lijst. Indien een beding voorkomt op de grijze lijst, dient de Nederlandse rechter dit mee te wegen bij zijn beoordeling van een mogelijk oneerlijk beding.¹⁶⁷ De consument kan bij de grijze lijst volstaan met te

¹⁵⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/492.

¹⁶⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/494.

¹⁶¹ Bijlage bij art. 3 lid 3 van de Richtlijn 93/13/EEG

¹⁶² Pavillon 2016, p. 345.

¹⁶³ HvJ EU 7 mei 2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 (Commissie/Zweden).

¹⁶⁴ HvJ EU 7 mei 2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 (Commissie/Zweden), punt 11.; Zie ook: HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (Stichting erfpachtersbelang/Gemeente Amsterdam). r.o. 5.1.5.

¹⁶⁵ Loos 2018, p. 303.

¹⁶⁶ HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (Invitel), punt 26.

¹⁶⁷ Asser/Sieburgh 6-III 2018/494.

stellen dat zij consument is en dat het specifieke beding op de lijst voorkomt. Het aanvoeren van andere omstandigheden is niet nodig.¹⁶⁸ De grijze lijst behelst een lijst met bedingen die vermoed worden oneerlijk te zijn. Dit betekent dat tegenbewijs van de gebruiker van het beding mogelijk is. Het verschil tussen de blauwe lijst en de grijze lijst is dat wanneer een beding aan een omschrijving van een beding op de blauwe lijst voldoet, dit een argument kan zijn die de rechter kan gebruiken bij zijn oneerlijkheidstoets, maar dit levert nog niet direct een vermoeden op van oneerlijkheid (of onredelijk bezwarendheid) zoals dit wel het geval is bij de grijze lijst.¹⁶⁹ In dit verband wordt de blauwe lijst ook wel gezien als soft law.¹⁷⁰

De Richtlijn 93/13/EEG beschikt niet zoals het Nederlandse recht over een zwarte lijst. Artikel 6:236 BW bevat een lijst van bedingen, ook wel de zwarte lijst genoemd, die steeds onredelijk bezwarend zijn en hiermee dus vernietigbaar zijn op basis van art. 6:233 BW.¹⁷¹ De ratio van de wetgever was om met art. 6:236 BW voor een aantal gevallen duidelijkheid te scheppen en hierdoor een groot beslag op de rechterlijke macht te voorkomen.¹⁷² In het geval van de zwarte lijst is het aan de wederpartij aan te tonen dat zij een consument is en dat het specifieke beding op de zwarte lijst voorkomt, dan hoeft er niet meer getoetst te worden aan de overige omstandigheden van het geval.¹⁷³ Het leveren van tegenbewijs door de gebruiker van het beding is niet mogelijk. De Nederlandse wetgever biedt met de zwarte en grijze lijst meer bescherming dan de minimumharmonisatie die de Richtlijn 93/13/EEG beoogt.¹⁷⁴

Voor de opstellers van algemene voorwaarden spelen de Europese en nationale lijsten een belangrijke rol. Is er sprake van een beding dat voorkomt op één van de lijsten, dan moet het beding onderworpen worden aan de oneerlijkheidstoets. Voldoet de beschrijving van het beding aan één van de bedingen zoals opgenomen op de lijst in de bijlage bij de Richtlijn 93/13/EEG, dan heeft dit argumentatieve waarde en zijn de andere elementen van de oneerlijkheidstoets van belang. In het geval van de nationale lijsten is dit anders. De rechter dient, in het geval van een beding dat voorkomt op de zwarte lijst, vast te stellen dat het beding voorkomt op de zwarte lijst en is hiermee de oneerlijkheidstoets in beginsel afgerond.¹⁷⁵ Is er sprake van een mogelijk grijs beding, dan mag de

¹⁶⁸ Pavillon 2016, p. 344.

¹⁶⁹ Pavillon 2016, p. 345.

¹⁷⁰ Wissink 2001/207.

¹⁷¹ Valk, T&C Burgerlijk Wetboek 2019, art. 6:236 BW, aant. 1.

¹⁷² Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1649.

¹⁷³ Hijma 2016/33.

¹⁷⁴ Pavillon 2016, p. 343.

¹⁷⁵ Het beginsel van hoor en wederhoor moet wel altijd in acht worden genomen. Zie: Pavillon 2016, p. 343.

gebruiker tegenbewijs leveren om het vermoeden van een onredelijk bezwarend beding te weerleggen. Hierbij moge duidelijk zijn dat het niet eenvoudig is om het tegenbewijs te leveren.¹⁷⁶

4.5. Het transparantievereiste

In zijn conclusie voorafgaand aan het Euribor-arrest concludeert A-G Wissink dat het transparantievereiste een onderdeel is van de oneerlijkheidstoets.¹⁷⁷ Ook Hijma is van mening dat de transparantie van een beding één van de elementen is waarmee praktijkjuristen rekening dienen te houden bij het beoordelen van de oneerlijkheid van het beding.¹⁷⁸ Bij het opstellen van algemene voorwaarden doen praktijkjuristen er dus goed aan om te kijken naar het juridisch kader en met name hetgeen het HvJ EU heeft bepaald ten aanzien van het transparantievereiste.

Zowel in afdeling 6.5.3. BW als in de Richtlijn 93/13/EEG zien wij artikelen waarin het transparantievereiste is vormgegeven. Art. 6:238 lid 2 BW luidt:

“Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.”

In de Richtlijn 93/13/EEG zien wij in drie verschillende artikelen de begrippen duidelijk en begrijpelijk terugkomen. In de eerste zin van artikel 5 van de Richtlijn 93/13/EEG staat dat “in het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld (...)” In de tweede zin van art. 5 Richtlijn 93/13/EEG staat dat “(...) ingeval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument meest gunstige interpretatie.” Als laatste kan het transparantiebeginsel worden teruggevonden in art. 4 lid 2 van de Richtlijn 93/13/EEG.¹⁷⁹ Dit artikel luidt als volgt:

“De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.”

(onderstreping toegevoegd)

¹⁷⁶ Zie: Pavillon 2016, p. 344.

¹⁷⁷ Zie o.a. Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL: PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR), r.o. 4.13 e.v.

¹⁷⁸ Hijma 2016/33a.

¹⁷⁹ Zie art. 6:231 sub a BW.

Hier staat dat een kernbeding in afwijking van artikel 3 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG op zijn oneerlijke karakter kan worden beoordeeld wanneer het beding niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.

Het niet transparant zijn van het beding kan volgens het HvJ EU leiden tot het oordeel dat het beding oneerlijk is.¹⁸⁰ Andersom betekent dit niet dat wanneer een beding voldoet aan de transparantievereisten, dit direct tot de conclusie hoeft te leiden dat een beding daardoor eerlijk is.¹⁸¹

De vraag of het beding duidelijk en begrijpelijk is, is ook door de HvJ EU beantwoord. Zo is van belang dat het beding niet enkel grammaticaal en juridisch duidelijk moet zijn, maar ook in economische zin. Het moet voor de consument duidelijk zijn wat hij in economische en financiële zin aangaat.¹⁸² In het arrest Van Hove geeft het HvJ EU richting aan wat er precies duidelijk en begrijpelijk moet zijn.¹⁸³ In dit arrest gaat het over een consument (Van Hove) die twee kredietovereenkomsten gesloten heeft bij Crédit Immobilier France Méditerranée en hier maandelijks op moet aflossen. Ten behoeve van de kredietovereenkomsten heeft Van Hove een verzekering afgesloten bij CNP Assurances die tot uitkering overgaat in geval van overlijden of blijvende en volledige invaliditeit aan de kant van Hove. In verband met een ziekte is Van Hove niet meer in staat (volledig) te werken. Hij ontvang vervolgens een uitkering. Op een bepaald moment besluit CNP Assurances te stoppen met het uitbetalen van de verzekering met als argument dat Van Hove nog steeds (deels) in staat is om te werken, waarbij CNP Assurances zich beroept op een beding als onderdeel van de kredietovereenkomst. Uit het beding blijkt dat de verzekering enkel overgaat tot uitkering in het geval van volledige arbeidsongeschiktheid. Van Hove is van mening dat dit beding oneerlijk is, nu het evenwicht van de overeenkomst door het beding aanzienlijk wordt verstoord. Als tweede argument voert Van Hove aan dat het beding, en de eis van volledige arbeidsongeschiktheid onduidelijk en niet begrijpelijk zijn. CNP Assurances voert aan dat het beding wel degelijk duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarnaast is CNP Assurances van mening dat het een kernbeding betreft waardoor er geen sprake is van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn 93/13/EEG.¹⁸⁴

¹⁸⁰ HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (Verein f r Konsumenteninformation/Amazon), punt. 68.

¹⁸¹ HvJ EU 3 april 2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857 (Sebesty n), punt. 34.

¹⁸² HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180 (RWE Vertrieb); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 60.

¹⁸³ HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (van Hove).

¹⁸⁴ HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (van Hove), punt 19.

De Franse rechter aan wie het geschil wordt voorgelegd, besluit hierop de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU:

“Moet artikel 4, lid 2, van richtlijn [93/13] aldus worden uitgelegd dat het in deze bepaling bedoelde begrip ‘beding dat betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst’ een in een verzekeringsovereenkomst vervat beding omvat dat ertoe strekt om de betaling van de aan de kredietgever verschuldigde aflossingen te verzekeren in geval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer en dat deze dekking uitsluit wanneer de verzekerde geschikt wordt verklaard om een onbezoldigde activiteit uit te oefenen?”

Het HvJ EU verduidelijkt in dit arrest wat onder duidelijk en begrijpelijk moet worden verstaan. Het transparantievereiste, zoals opgenomen in de Richtlijn 93/13/EEG, moet ruim worden opgevat, aangezien de consument zich in een zwakkere positie bevindt en vaak niet over dezelfde hoeveelheid informatie kan beschikken dan de professionele partij.¹⁸⁵ Volgens het HvJ EU is enkele grammaticale transparantie daarom niet genoeg.¹⁸⁶ Voor de opstellers van algemene voorwaarden betekent dit dat de manier hoe de bedingen worden gepresenteerd, moet voldoen aan de volgende elementen:

- duidelijkheid van de visuele presentatie;
- is de overeenkomst logisch gestructureerd en zijn belangrijke bepalingen benadrukt en zijn deze bepalingen niet verstopt tussen andere bepalingen;
- staan de bedingen in de algemene voorwaarden of de overeenkomst waarin zij logischerwijze zouden moeten staan. Waarbij zij enigszins gegroepeerd staan met andere bedingen die aanverwant zijn.¹⁸⁷

Ook zijn het gebruikte lettertype en de lettergrootte van belang en moeten de contractuele bedingen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk zijn.¹⁸⁸ Het is van belang dat de consument in staat is om de economische gevolgen van de overeenkomst in te schatten.¹⁸⁹ Dit vereiste, afkomstig uit

¹⁸⁵ HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (van Hove), punt 40. Zie ook: HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 71-72; HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, (Matei), punt 73.

¹⁸⁶ HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (van Hove), punt 40.

¹⁸⁷ ‘Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten’, september 2019, par. 3.3.

¹⁸⁸ HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 71.

¹⁸⁹ HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 70 en 73.

het Kásler-arrest is later herhaald in het Matei-arrest.¹⁹⁰ Enkel onder die voorwaarden kan de consument een weloverwogen beslissing nemen met betrekking tot het aangaan van de overeenkomst.¹⁹¹

Het HvJ EU verwoordde dit in het Van Hove-arrest als volgt:

“Met het oog op de naleving van het transparantievereiste is het voor de consument bijgevolg van wezenlijk belang dat hij vóór sluiting van de overeenkomst niet alleen kennisneemt van de voorwaarden waaronder dekking wordt verleend, maar ook van de bijzonderheden van het mechanisme voor betaling van de aan de kredietgever verschuldigde aflossingen in geval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer en de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, zodat hij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.”¹⁹² (onderstreping toegevoegd)

In zijn conclusie bij het Kásler-arrest gaat A-G. Wahl in op wat dit in de praktijk betekent. Zo komt het inschatten van de economische gevolgen erop neer dat de consument moet kunnen voorzien aan welke kosten hij kan worden blootgesteld als gevolg van de overeenkomst.¹⁹³ Zoals hiervoor uit het Van Hove-arrest blijkt, is het van belang dat de consument kan voorzien wat voor verplichtingen en rechten uit de polis volgen en aan welk mechanisme de consument is blootgesteld. Het HvJ EU heeft deze normen bijvoorbeeld toegepast op de verschuldigde rente, de vergoedingen bij kredietovereenkomsten¹⁹⁴ en de risico's die verbonden zijn aan kredieten in vreemde valuta.¹⁹⁵

Waar opstellers van algemene voorwaarden verder beducht op moeten zijn in het kader van het transparantievereiste, is dat de ene consument de ander niet is. Als het voor de ene consument duidelijk en begrijpelijk is, betekent dit nog niet dat dit voor alle consumenten het geval is. Uit het Kásler-arrest kan worden opgemaakt wat precies moet worden verstaan onder een consument. Het gaat hier om een “normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument.”¹⁹⁶ De consument wordt als het ware geobjectiveerd, het is niet belangrijk over welke

¹⁹⁰ HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, (Matei), punt 74.

¹⁹¹ HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180 (RWE Vertrieb), punt 44.

¹⁹² HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (van Hove), punt 41.

¹⁹³ Concl. A-G N. Wahl, ECLI:EU:C:2014:85, bij HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 83.

¹⁹⁴ HvJ EU 9 juli 2015, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447 (Bucura), punt 45-66.

¹⁹⁵ HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriciu/Banca Romaneasca), punten 49 -51.

¹⁹⁶ HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 74.

kennis of informatie een specifieke consument beschikt.¹⁹⁷ Het beding moet transparant worden gemaakt in de overeenkomst, via de voorwaarden, in reclame of andere verstrekte informatie, waardoor de consument op grond van duidelijke en begrijpelijke normen, de economische gevolgen kan inschatten.¹⁹⁸ In dit kader moet tevens rekening worden gehouden met hetgeen is verstrekt aan promotiemateriaal en de informatie die is verstrekt bij de onderhandelingen.¹⁹⁹ Het HvJ EU heeft tevens geoordeeld dat de nationale rechters, in het kader van het transparantievereiste verplicht zijn te toetsten of consumenten de vereiste informatie hebben ontvangen.²⁰⁰

Het is lastig in te schatten wat de gevolgen zijn voor praktijkjuristen van het niet voldoen aan het transparantievereiste van art. 5 Richtlijn 93/13/EEG (art. 628 lid 2 BW). De Richtlijn 93/13/EEG voorziet niet in een sanctie op de schending van het transparantiebeginsel. Ook art. 6:238 lid 2 BW legt geen sanctie op bij de schending van het transparantiebeginsel. In Duitsland kent men wel een gebod op transparantie van algemene voorwaarden, hier leidt de onduidelijkheid van algemene voorwaarden in beginsel tot een onredelijke benadeling.²⁰¹ Deze benadering zien wij ook terug in het Draft Common Frame of Reference (DCFR).²⁰² Het DCFR is geen wetboek in traditionele zin, maar het kan wel fungeren als een referentiekader voor rechters en wetgevers.²⁰³ Op grond van art. II.-9:402 lid 2 kan een beding dat niet duidelijk of begrijpelijk is, enkel op deze grond als oneerlijk worden beschouwd.

In de literatuur is men van mening dat er geen rechtstreekse koppeling is tussen art. 5 Richtlijn 93/13/EEG (art. 6:238 lid 2 BW) en de sanctie zoals deze is opgenomen in art. 6 (of de vernietiging op grond van art. 6:233 sub a BW). Hiervan is slechts sprake wanneer dit gebrek aan transparantie tevens een verstoring van het contractuele evenwicht in strijd met de goede trouw met zich meebrengt.²⁰⁴

¹⁹⁷ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering), r.o. 3.4.2; HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (Costea), punt 21-23.

¹⁹⁸ Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR), r.o. 4.14.

¹⁹⁹ HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc/Banca Romaneasca), punt 46.

²⁰⁰ HvJ EU 22 februari 2018, C-119/17, ECLI:EU:C:2018:103 (Lupean), punt 23.

²⁰¹ Mehring 2003, p. 110.

²⁰² Von Bar, Clive & Schulte 2009

²⁰³ Von Bar, Clive and Schulte 2009, p. 3668 e.v.

²⁰⁴ Zie o.a. Pavillon 2018, p. 91; Hijma 2016/33a en 42.

Bij de Euribor-zaken²⁰⁵ speelde de transparantie ook een belangrijke rol. Zo concludeerde zowel de rechtbank als het hof dat de bedingen in de algemene voorwaarden van ABN AMRO onvoldoende transparant waren “aangezien de consument niet in staat was om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen te verifiëren die voor hem uit het opslagwijzigingsbeding voortvloeien.”²⁰⁶ De HR oordeelde daarentegen dat het niet voldoen aan het transparantievereiste, dit niet direct betekent dat de wijzigingsbedingen daardoor oneerlijk zijn.²⁰⁷ Het niet voldoen aan het transparantievereiste is dus volgens de HR geen zelfstandige grond om het beding te vernietigen. In zijn conclusie voorafgaand aan het Euribor-arrest van de HR maakt A-G Wissink helder dat het niet voldoen aan het transparantievereiste een omstandigheid is die meegewogen dient te worden in het oneerlijkheidsoordeel.²⁰⁸ Dit lijkt ook de lijn te zijn van het HvJ EU. Zo is het aan de nationale rechter om, alles overwegende, te oordelen of een beding voldoet aan de eisen van “goede trouw, evenwicht en transparantie.”²⁰⁹

²⁰⁵ Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848; Hof Amsterdam 19 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248; HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830.

²⁰⁶ Rechtbank Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.26.

²⁰⁷ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 2.6.

²⁰⁸ Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR), r.o. 4.19.

²⁰⁹ HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), punt 40; HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 27.

Conclusie

Het opstellen van contracten en algemene voorwaarden is een specifieke juridische discipline. Bij het opstellen spelen zowel juridische, economische alsook marketingaspecten mee. Het is belangrijk dat praktijkjuristen dit zorgvuldig doen, met name is dit van belang bij algemene voorwaarden die doorgaans geen onderdeel zijn van zelfstandige onderhandelingen. Het zorgvuldig opstellen van de contracten en algemene voorwaarden is niet zonder reden, de tegenpartij bij de overeenkomst is zeer regelmatig een consument. Consumenten worden doorgaans gezien als de zwakkere partij wanneer zij een overeenkomst aangaan met een professionele wederpartij. Maatregelen om deze ongelijkheid zoveel mogelijk op te heffen, vindt men op nationaal en Europees niveau. De Richtlijn 93/13/EEG is daar een mooi voorbeeld van. De Richtlijn 93/13/EEG geeft een minimumstandaard waaraan bedingen in overeenkomsten met consumenten moeten voldoen.

Er is veel geschreven over de betekenis van de Richtlijn 93/13/EEG voor nationale rechters en de nationale rechtsstelsels. In deze scriptie heb ik onderzoek gedaan naar de betekenis van de Richtlijn 93/13/EEG, en de uitleg daarvan door het HvJ EU, voor de opstellers en gebruikers van algemene voorwaarden. Dit heb ik onderzocht aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

Hoe dienen algemene voorwaarden door praktijkjuristen te worden opgesteld, zodat er voldaan wordt aan de verplichtingen gesteld in de Richtlijn 93/13/EEG, en hierdoor de kans op ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen door de rechter ten nadele van de gebruiker zo klein mogelijk wordt?

Allereerst heeft het HvJ EU in een lange reeks arresten bepaald dat de nationale rechter verplicht is ambtshalve te toetsen of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is. Dit brengt met zich mee dat de omvang van de rechtsstrijd dus niet meer uitsluitend wordt bepaald door de partijen en kan een beding onderdeel worden van de rechtsstrijd wanneer de rechter overgaat tot ambtshalve toetsing. Hierbij is tevens van belang dat de Nederlandse rechter in het kader van de waarheidsvinding ex art. 21 Rv, partijen de opdracht kan geven zich uit te laten over de oneerlijkheid van de voorwaarden, voordat hij overgaat tot ambtshalve toetsing. Dit betekent dat opstellers van algemene voorwaarden er rekening mee dienen te houden dat de door hen opgenomen bedingen in algemene voorwaarden onderdeel kunnen worden van een mogelijke rechtsstrijd, ook wanneer partijen hier niet als zodanig een beroep op doen. Ten tweede brengt de richtlijnconforme interpretatie voor opstellers van algemene voorwaarden met zich mee dat hetgeen is bepaald in de

Richtlijn 93/13/EEG en de uitleg daarvan door het HvJ EU, onverkort van toepassing zijn op de algemene voorwaarden.

Ten derde is het belangrijk dat bij het opstellen van algemene voorwaarden rekening gehouden dient te worden met de verschillende elementen van de, in de literatuur en jurisprudentie ontwikkelde, oneerlijkheidstoets. Door de (afzonderlijke bedingen van de) algemene voorwaarden langs de lat van de oneerlijkheidstoets te houden, is de kans op (ambtshalve) toetsing van oneerlijke bedingen door de rechter ten nadele van de gebruiker zo klein mogelijk.

Literatuurlijst

Ancery 2014

A.G.F. Ancery, 'Toetsing van oneerlijke bedingen', *MvV* 2014 afl.1, p. 103 – 107.

Ancery 2018

A.G.F. Ancery, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: ook financieel toezichtrecht?', *MvV* 2018, afl.3, p. 94-99.

Ancery & Krans 2016

A.G.F. Ancery en H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *AA* 2016, afl. 11, p. 825 – 830.

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

El Gamali & Tjong Tjin Tai 2019

R. El Gamali en E. Tjong Tjin Tai, 'Waarheidsplicht en bewijslastverdeling', *TCR* 2019, afl. 2, p. 57-67.

Giesen 2020

I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Hage 2017

C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders (Recht en Praktijk nr. CA17) (diss. Leiden)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hartkamp 2015

A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht', *AA* 2015, afl. 3, p. 222-226.

Hendrikse, Huizen & Rinkes 2019

M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (Recht en Praktijk nr. VR2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Hijma 2016

J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW, deel B55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Keus 2019

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht (Monografieën BW nr. A30)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Loos 2001

M.B.M. Loos, 'Europese toetsing van algemene voorwaarden. Noot bij HvJ EG 27 juni 2000', *NTBR* 2001, afl. 2, p. 98-102.

Loos 2018

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2018.

Loos 2020

M.B.M. Loos, 'Transparantievereiste versus contra-proferentem-regeling: de worsteling van de Hoge Raad met algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten', *TvC* 2020, afl. 1, p. 6-11.

Mehring 2003

E.W. Mehring, 'Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht', *Contracteren* 2003, afl. 4, p. 104-111.

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Pavillon 2014

C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, afl. 4, p. 163-172.

Pavillon 2016

C.M.D.S. Pavillon, 'De Europese lijst van verdachte bedingen: oranje, blauw of toch een tint grijs?', in J. Hijma (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. Mr. H.J. Snijders*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 343-356.

Pavillon 2018

C.M.D.S. Pavillon, 'Woekeren van de Richtlijn oneerlijke bedingen', *TvC&H* 2018, afl. 2, p. 83-92.

Ras & Hammerstein 2017

H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Rinkes 2009

- J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, afl. 6, p. 380-387.

Rinkes 2015

J.G.J. Rinkes, 'Europees Consumentenrecht', in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 31-59.

Spanjaard 2011

J.H.M. Spanjaard, 'Pénzügyi Lizing/Schneider: HvJ EU verzet de bakens inzake ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden', *MvV* 2011, afl. 3, p. 75-82.

Stein & Reub 2018

P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Valk, T&C Burgerlijk Wetboek 2019

W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Von Bar, Clive & Schulte 2009

C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nolke (eds.), *Principles and Model Rules of European Private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munchen: Sellier, 2009.

Wessels & Jongeneel 2017

B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer, zesde druk 2017.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2001.

Wolters 2017

P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?', *Themis* 2017, afl. 3, p. 116-128.

Digitale bronnen

- abnamro.com/nl/newsroom/persberichten/2020/akkoord-abn-amro-en-stichting-euribar-over-euribor-woninghypothek.html

- stopdebanken.nl/informatie

- eu-consumer-law.org/index.html

- 'Ambtshalve toetsing III, Herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T', mei 2018.. Te vinden via: rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf

- 'Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', september 2019. Te vinden via:

[eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=NL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=NL)

- 'Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', april 2000. Te vinden via:

eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vikqhi28flyb

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Unie

- HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilvit).
- HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (Océano).
- HvJ EU 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (Commissie/Nederland).
- HvJ EU 7 mei 2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 (Commissie/Zweden).
- HvJ EU 21 november 2002, ECLI:EU:C:2002:705 (Cofidis).
- HvJ EU 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (Hofstetter).
- HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (Mostaza Claro).
- HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (Pannon).
- HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (Asturcom).
- HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (Pénzügyi Lizing/Schneider).
- HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (Invitel).
- Concl. A-G J. Kokott, ECLI:EU:C:2012:700, bij HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz).
- HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz).
- HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:C:EU:2013:180 (RWE Vertrieb).
- HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse).
- HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado).
- HvJ EU 3 april 2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857 (Sebestyén).
- Concl. A-G N. Wahl, ECLI:EU:C:2014:85, bij HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler).
- HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler).
- HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, (Matei).
- HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove).
- HvJ EU 9 juli 2015, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447 (Bucura).
- HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (Costea).
- HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon).
- HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger).
- HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus SA/Gutiérrez García).
- HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriciuc/Banca Romaneasca).
- HvJ EU 22 februari 2018, C-119/17, ECLI:EU:C:2018:103 (Lupean).

Hoge Raad

- HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675.
- HR 18 november 2011, ECLI:NL:2011:BS1706 (ISG Holding BV/Meropa BV).
- HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135 (arbitraal beding).
- HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691(Heesakkers/Voets).
- HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (Ebecek/Stichting Trudo).
- HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (Stichting erfpachtersbelang/Gemeente Amsterdam).
- HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (Tijlhuis/Dexia).
- HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (Consultant/Nationale-Nederlanden Schadeverzekering).
- Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL: PHR:2019:346, bij HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR).
- HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (ABN AMRO Bank N.V./Stichting SDB & Stichting EURIBAR).

Gerechtshoven

- Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL: GHAMS:2017:5248.

Rechtbanken

- Rb Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL: RBAMS:2015:784.
- Rb Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL: RBNHO:2016:1350.