

Ambtshalve toetsing bij oneerlijke bedingen

Prof.mr. W.H. van Boom*

HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *TvC* 2013/6, p. 262

In deze zaak draait het om een conflict tussen een particuliere huiseigenaar en een aannemer. De eigenaar geeft opdracht aan de aannemer tegen een aanneemsom van ongeveer € 100.000 om een verbouwing uit te voeren. In de algemene voorwaarden van de aannemer, die op de aannemingsovereenkomst van toepassing zijn, staat dat de opdrachtgever bij te late betaling 2% rente per maand verschuldigd is. Als er vervolgens een conflict ontstaat over de eindafrekening en de opdrachtgever betaling weigert, vordert de aannemer in rechte betaling van het nog openstaande bedrag, vermeerderd met de bedongen 2% rente. De rechtbank wijst de vordering van de aannemer af. Daarop stelt de aannemer hoger beroep in bij het Hof Den Bosch, en het hof wijst de vordering inclusief de contractueel bedongen rente toe. Nu zoekt de opdrachtgever het hogerop. Hij klaagt zich er in cassatie over dat het hof heeft nagelaten om amtsshalve te onderzoeken of het rentebeding de opdrachtgever bond. Deze rechterlijke verplichting tot amtsshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden zou namelijk voortvloeien uit Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn),¹ zoals uitgelegd door het Hof van Justitie EU (HvJ). De Hoge Raad geeft allereerst een overzicht van de rechtspraak van het HvJ, om vervolgens te beslissen dat het Hof Den Bosch inderdaad verzuimd heeft om het beding amtsshalve te toetsen. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar een ander hof voor verdere behandeling.

De Hoge Raad vangt aan met een samenvatting van de rechtspraak van het HvJ:

3.4 Bij de beoordeling van de middelen wordt het volgende vooropgesteld.

3.5.1 In HvJEU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:NL:XX:2012:BW9433, NJ 2012/512 (Banco Español de Crédito) is overwogen:

‘39 (...) zij er allereerst aan herinnerd dat het beschermingsstelsel van richtlijn 93/13 op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de handelaar in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze laatste beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de door de handelaar tevoren opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen (arresten van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941, punt 25; 26 oktober 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 25, en 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Jurispr. blz. I-9579, punt 29).

40 Gelet op deze zwakke positie bepaalt artikel 6, lid 1, van genoemde richtlijn dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Volgens de rechtspraak gaat het om een dwingende bepaling, die beoogt het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt (reeds aangehaalde arresten Mostaza Claro, punt 36, en Asturcom Telecomunicaciones, punt 30; arresten van 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 47, en 15 maart 2012, Pereničová en Perenič, C-453/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).

41 Teneinde de door richtlijn 93/13 beoogde bescherming te verzekeren, heeft het Hof al herhaaldelijk benadrukt dat de tussen consument en handelaar bestaande situatie van ongelijkheid enkel kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om (zie reeds aangehaalde arresten Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, punt 27; Mostaza Claro, punt 26; Asturcom Telecomunicaciones, punt 31, en VB Pénzügyi Lízing, punt 48).

42 Gelet op deze beginselen heeft het Hof dan ook geoordeeld dat de nationale rechter amtsshalve dient te beoordelen of een contractueel beding dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, oneerlijk is, en aldus het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de han-

* Met dank aan Marco Loos en Roland de Moor voor commentaar.

1 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumenten-

tenovereenkomsten, *PbEG* L 95, p. 29-34.

delaar dient te compenseren (zie in die zin arrest Mostaza Claro, reeds aangehaald, punt 38; arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 31; reeds aangehaalde arresten Asturcom Telecomunicaciones, punt 32, en VB Pénzügyi Lízing, punt 49).

43 Derhalve houdt de rol die het Unierecht de nationale rechter op het betrokken gebied toebedeelt, niet alleen de loutere 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 (zie arrest Pannon GSM, reeds aangehaald, punt 32).'

3.5.2 In HvJEU 9 november 2010, ECLI:NL:XX:2010:BO5516, NJ 2011/41 (VB Pénzügyi Lízing) is in dit verband met betrekking tot Richtlijn 93/13 voorts overwogen:

'49. In het kader van zijn taken krachtens de richtlijn, dient de nationale rechter na te gaan of een contractueel beding dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt. Zo ja, dan is die rechter ambtshalve gehouden om dat beding te toetsen aan de in voornoemde richtlijn neergelegde eisen inzake consumentenbescherming.'

3.5.3 De nationale rechter is dus gehouden ambtshalve na te gaan of een contractueel beding valt onder Richtlijn 93/13 en, zo ja, te onderzoeken of dit oneerlijk is, indien hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.

3.6.1 Volgens de rechtspraak van het HvJEU gaat het hier om een onderzoek met betrekking tot recht dat gelijkwaardig is aan de nationale regels van openbare orde. In HvJEU 30 mei 2013, C-488/11 (Asbeek Brusse en De Man Garabito), is in dit verband als volgt overwogen:

'42 Aangaande de uitvoering van die verplichtingen door een nationale rechter in hoger beroep moet eraan worden herinnerd dat, bij gebreke van een Unierechtelijke regeling, de regels met betrekking tot hogere beroepen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, krachtens het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van de interne rechtsorde van die staten zijn. Deze regels mogen evenwel niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties krachtens intern recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie in die zin arresten Banco Español de Crédito, punt 46, en Banif Plus Bank, punt 26).

43 Wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel (...) moet erop worden gewezen dat (...) artikel 6, lid 1, van de richtlijn een dwingende bepaling is. Voorts moet worden opgemerkt dat volgens de rechtspraak van het Hof deze richtlijn in haar geheel een maatregel vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Unie en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Unie (zie arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 26, en arrest Banco Español de Crédito, punt 67).

44 Het Hof heeft overigens geoordeeld dat, gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door de richtlijn aan de consument verzekerde bescherming berust, 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 (zie arrest van 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Jurispr. blz. I-9579, punt 52, en beschikking van 16 november 2010, Pohotovost', C-76/10, Jurispr. blz. I-11557, punt 50). Deze kwalificatie is van toepassing op alle bepalingen van de richtlijn die onontbeerlijk zijn voor de verwezenlijking van het met artikel 6 beoogde doel.

45 Hieruit volgt dat de nationale rechter, wanneer hij op grond van de nationale regels van procesrecht bevoegd is ambtshalve de geldigheid van een rechtshandeling te toetsen aan nationale regels van openbare orde, hetgeen volgens de in de verwijzingsbeslissing verstrekte gegevens in het Nederlandse stelsel van rechtspleging het geval is voor de rechter in hoger beroep, deze bevoegdheid ook moet uitoefenen om ambtshalve te beoordelen of een onder de richtlijn vallend contractueel beding uit het oogpunt van de daarin gegeven criteria mogelijk oneerlijk is.

(...)

48 Volgens artikel 6, lid 1, eerste zinsnede, van de richtlijn moeten de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen „onder de in het nationale recht geldende voorwaarden' de consument niet binden.

49 Het Hof heeft die bepaling aldus uitgelegd dat de nationale rechter alle consequenties moet trekken die volgens het nationale recht voortvloeien uit de vaststelling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding, teneinde zich ervan te vergewissen dat de consument niet is gebonden aan dit beding (arresten Banco Español de Crédito, punt 63, en Banif Plus Bank, punt 27). In dit verband heeft het Hof aangegeven dat de nationale rechter een contractueel beding dat hij oneerlijk acht, buiten toepassing moet laten, tenzij de consument zich hiertegen verzet (zie arrest Pannon GSM, reeds aangehaald, punt 35).'

3.6.2 In laatstgenoemd arrest heeft het HvJEU voor recht verklaard (onder 53) dat:

‘– de nationale rechter, wanneer bij hem door een verkoper tegen een consument een vordering is ingesteld over de uitvoering van een overeenkomst en hij op grond van de nationale regels van procesrecht bevoegd is ambtshalve na te gaan of het aan de vordering ten grondslag liggende beding in strijd is met nationale regels van openbare orde, op dezelfde wijze ambtshalve moet toetsen of dat beding uit het oogpunt van de in deze richtlijn gegeven criteria oneerlijk is, wanneer hij heeft vastgesteld dat het beding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt

– de nationale rechter, wanneer hij op grond van de nationale regels van procesrecht bevoegd is ambtshalve over te gaan tot vernietiging van een beding dat in strijd is met de openbare orde of met een dwingende wetbepaling waarvan de strekking deze sanctie rechtvaardigt, in beginsel, na partijen de gelegenheid te hebben gegeven op tegenspraak hun standpunt kenbaar te maken, ambtshalve moet overgaan tot vernietiging van een contractueel beding waarvan hij het oneerlijke karakter uit het oogpunt van de in de richtlijn gegeven criteria heeft vastgesteld.'

Vervolgens komt de Hoge Raad tot een algemene uiteenzetting over de gevolgen van de rechtspraak van het HvJ voor het Nederlandse recht:

3.6.3 Het vorenstaande brengt voor het Nederlandse recht mee dat de appelrechter is gehouden ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de in Richtlijn 93/13 gegeven criteria oneerlijk is, ook indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. Volgens het Nederlands appelprocesrecht behoort de rechter immers recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren. Hij is dus niet tot dit onderzoek gehouden als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven.

3.7.1 Richtlijn 93/13 is niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. Een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht brengt echter mee dat de Nederlandse rechter op grond van

art. 6:233 BW gehouden is het hiervoor bedoelde onderzoek ambtshalve te verrichten ingeval Richtlijn 93/13 die verplichting meebrengt.

3.7.2 In dit verband is van belang dat uit art. 6 lid 1 van Richtlijn 93/13 de verplichting van de Lidstaten voortvloeit om een oneerlijk beding niet-bindend te oordelen. Het HvJEU heeft deze bepaling aldus uitgelegd dat de nationale rechter die heeft vastgesteld dat een beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is, zonder meer verplicht is dat beding voor de consument buiten toepassing te laten (HvJEU 30 mei 2013, C-488/11 (Asbeek Brusse en De Man Garabito), punt 55-60).

3.7.3 Voor het Nederlandse recht betekent het vorenstaande dat indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, hij gehouden is het beding te vernietigen.

3.8 Hetgeen hiervoor in 3.5.1-3.7.3 is overwogen ten aanzien van de rechterlijke taak, lijdt uitzondering indien de consument zich ertegen verzet dat de rechter een contractueel beding dat hij oneerlijk oordeelt, buiten toepassing laat (HvJEU 30 mei 2013, C-488/11 (Asbeek Brusse en De Man Garabito), punt 49).

Daar voegt de Hoge Raad een aantal richtlijnen voor de feitenrechter aan toe:

3.9.1 De Hoge Raad ziet aanleiding om met betrekking tot de gehou-denheid tot ambtshalve onderzoek nog het volgende te overwegen. Indien de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van Richtlijn 93/13 valt en een beding bevat dat oneerlijk is in de hiervoor genoemde zin, dient hij daarnaar onderzoek te doen, ook indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd. Dit geldt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, wat het laatste betreft met inachtneming van hetgeen hiervoor in 3.6.3 is overwogen.

Staan de relevante feiten niet alle vast, dan zal de rechter de instructiemaatregelen moeten nemen die in dit verband nodig zijn om de volle werking van de Richtlijn 93/13 te verzekeren, wat betreft zowel de toepasselijkheid van die richtlijn, als de mogelijke oneerlijkheid van het beding.

De rechter dient het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen. Hij dient partijen in de gelegenheid te stellen zich over een en ander uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen.

3.9.2 Ook in verstekzaken zal de rechter dit onderzoek ambtshalve moeten verrichten, in dat geval in het kader van art. 139 Rv, nu het hier gaat om recht dat gelijkwaardig is aan de nationale regels van openbare orde (vgl. de hiervoor in 3.5.1 aangehaalde uitspraak van HvJEU in Banco Español de Crédito, punt 48).

Dat onderzoek dient dan plaats te vinden aan de hand van de dagvaarding. Ook in dat geval zal de rechter eventueel de instructiemaatregelen moeten nemen die nodig zijn om de volle werking van Richtlijn 93/13 te verzekeren. Voorts dient hij ook in dat geval het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen en eiser in de gelegenheid te stellen zich terzake nader uit te laten en, zo nodig, zijn stellingen aan te passen.

3.9.3 Voor de cassatieprocedure betekent het hiervoor overwogene dat met succes kan worden geklaagd dat de feitenrechter het hiervoor bedoelde onderzoek achterwege heeft gelaten indien onbegrijpelijk is dat de in de procedure gebleken gegevens hem geen aanleiding hebben gegeven tot het hiervoor in 3.9.1 bedoelde vermoeden.

Dit alles betekent dat het arrest van het Hof Den Bosch vernietigd moet worden:

3.10 Tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene zijn de mid-delen gegrond. De daarin vermelde omstandigheden zijn zodanig dat deze het hof aanleiding hadden moeten geven tot het vermoeden dat de onderhavige aannemingsovereenkomst onder het bereik van Richtlijn 93/13 valt, dat het gaat om een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld als bedoeld in art. 3 lid 1 daarvan, dat het een beding betreft dat geen 'kernbeding' is in de zin van art. 4 lid 2 daarvan, en dat het beding oneerlijk is in de zin van die richtlijn, mede gelet op de hoogte van de bedongen rente, van 2% per maand, die ruim boven de wettelijke rente van art. 6:119 BW ligt en boven de wettelijke handelsrente van art. 6:119a BW.

Hoewel [eiser] de gevorderde rente niet heeft bestreden, had het hof daarom ambtshalve moeten onderzoeken of Richtlijn 93/13 op de overeenkomst van partijen van toepassing is en of het aan de rentevordering van [verweerder] ten grondslag liggende beding oneerlijk is in de zin van die richtlijn. Als appelrechter had het hof immers opnieuw te oordelen over de toewijsbaarheid van de in eerste aanleg afgewezen vordering van [verweerder] met inbegrip van de daarmee verband houdende nevenvorderingen, waaronder de onderhavige rentevordering. Tot dat onderzoek was het hof overigens ook verplicht geweest, zo blijkt uit het hiervoor in 3.6.3 overwogene, indien de vordering van [verweerder] in eerste aanleg was toegewezen en [eiser] in hoger beroep was opgekomen tegen die toewijzing, maar geen grief had gericht tegen het oordeel dat de contractueel bedongen rente toewijsbaar was.

Noot²

Artikel 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG bepaalt:

'De Lid-Statens bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.'

Het is dus op het eerste gezicht aan de lidstaten om de technisch-juridische inpassing van deze onverbindendheid te verzorgen, mits dat nationale recht ervoor zorgt dat overeenkomsten die kunnen voortbestaan zonder het oneerlijke beding ook inderdaad blijven voortbestaan. De Richtlijn is in ons recht geïmplementeerd in afdeling 6.5.3 BW (art. 6:231 e.v. BW). Of beter gezegd: die afdeling bestond al voor de inwerkingtreding van de Richtlijn en is op grote lijnen ongewijzigd gebleven omdat de wetgever meende dat ons recht al voldeed aan de eisen van de Richtlijn.³ Er staat echter niets in het BW over ambtshalve toetsing. Sterker nog, er staat in ons BW dat een onredelijk bezwarend beding vernietigbaar is (art. 6:233 BW), en dat betekent dat de consument ingevolge artikel 3:49 BW ofwel een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring moet afleggen – dat wil zeggen het expliciet verrichten van een tot de gebruiker van de algemene voorwaarden gerichte rechtshandeling (bijvoorbeeld in een e-mail waarin hij vernietiging inroept; art. 3:50 BW),

2 Het arrest werd onder meer geannoteerd door Loos & De Moor in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (TvC)* 2013/6, p. 262 e.v.

3 Nader bijv. W.H. van Boom & R.J.P. Kottenhagen, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht', in: F. de Ly e.a. (red.),

Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?, Den Haag: BJu 2006, p. 133 e.v.

of een gedraging jegens de gebruiker moet begaan waar die verklaring uit moet worden afgeleid (art. 3:37 BW) – ofwel een rechterlijke uitspraak moet uitlokken waar die vernietiging in uitgesproken wordt. Bij die tweede variant had onze wetgever vooral het geval op het oog waarin de vernietigingsbevoegde een *beroep* doet op de vernietigingsgrond: een ‘beroep in rechte’ als bedoeld in artikel 3:51 BW bestaat ofwel uit de rechtsvordering tot vernietiging ingesteld door de consument tegen de gebruiker ofwel uit het verweer in rechte van de consument tegen het ingeroepen beding. Zolang het beding niet is vernietigd, is het in de systematiek van afd. 6.5.3 BW dus geldig.

Deze technisch-juridische inpassing staat op gespannen voet met de gedachtelijn die het HvJ de laatste jaren heeft ontwikkeld.⁴ Die gedachtelijn is kort gezegd dat er grote ongelijkheid bestaat tussen de individuele consument en de professionele ondernemer die algemene voorwaarden gebruikt en dat die ongelijkheid niet adequaat kan worden bestreden als de rechter niet een actieve rol aanneemt in de beoordeling van de eerlijkheid van bedingen in die algemene voorwaarden. Daarom mag de rechter niet afwachten tot de consument een beroep doet op de nationale regeling die dient ter implementatie van artikel 6 lid 1 Richtlijn. Hij moet ‘positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om’, en dat betekent dat hij de eerlijkheid van algemene voorwaarden ambtshalve onderzoekt ‘zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt’. Dat impliceert dat de Nederlandse rechter waar nodig en mogelijk onze wettelijke regeling van vernietiging buiten beschouwing moet laten om zelf als ‘handhaver’ van de Richtlijn op te treden. Daarmee raakt de activistische interpretatie van het HvJ ook aan een klassiek uitgangspunt van het civiele proces, dat van de lijdelijkheid. De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun verdediging of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). Hij vult ambtshalve rechtsgronden aan (art. 25 Rv). Nu kan men twisten over

de vraag hoe lijdelijk of actief de rechter werkelijk is of zou moeten zijn,⁵ maar ik denk dat er weinig twijfel over bestaat dat als een opdrachtgever zich in rechte verweert tegen betaling van de aanneemsom plus rente met een beroep op het feit dat het werk slecht is uitgevoerd en dat er dus grond is voor partiële ontbinding van de aanneemovereenkomst, de rechter dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden als hij vervolgens de redelijkheid van het rentebeding zou gaan toetsen. Dáár werd niet om gevraagd: er werd gevraagd om beantwoording van de vraag of het werk goed is uitgevoerd en of er grond is voor partiële ontbinding. Die frictie tussen lijdelijkheid en ‘Europees activisme’ doet zich nog sterker gevoelen bij verstekzaken. Incassovorderingen waar de debiteur verstek liet gaan, leidden vrijwel altijd tot toewijzing van de vordering.⁶ Maar in het kader van Richtlijn 93/13/EEG moet de rechter ook dan de algemene voorwaarden ambtshalve toetsen.⁷

De Richtlijn gaat dus verder dan het oorspronkelijke Nederlandse recht wilde gaan. Dit laat zich goed verklaren als men de lijn volgt van het HvJ, inhoudend dat de oneerlijkheidstoets van de Richtlijn ‘gelijkwaardig is aan de nationale regels van openbare orde’ – ook die regels moet de Nederlandse rechter immers ambtshalve toepassen in civiele zaken. Of men, zoals de Hoge Raad kennelijk meent (r.o. 3.7.1), kan volstaan met een richtlijnconforme interpretatie van de remedie van vernietigbaarheid om dat resultaat te bereiken, kan nog wel bediscussieerd worden. Vernietiging als gevolg van rechtshandeling of verweer in rechte impliceert namelijk toch minstens een ‘hint’ in die richting van de consument tegen de rechter. Een ambtshalve toetsing lijkt op het eerste gezicht beter in te passen binnen het raamwerk van de nietigheid (art. 3:40 BW),⁸ maar als men er wat langer over nadenkt blijken aan die analogie ook bezwaren te kleven. Het HvJ besliste namelijk in *Pannon* ‘dat de nationale rechter gehouden is, ambtshalve te toetsen of een contractueel beding oneerlijk is zodra hij over de daartoe noodzake-

4 Bijv. HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *NJ* 2000/730 (*Océano Grupo Editorial / Murciano Quintero*); HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *NJ* 2003/703 (*Cofidis / Fredout*); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *TvC* 2007/2, p. 56-61 m.nt. Van Boom (*Elisa Maria Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL*); HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, *NJ* 2009/395, *TvC* 2009/5, p. 191 m.nt. Loos (*Pannon GSM*); HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, *TvC* 2010/5, p. 213 m.nt. Mak (*Asturcom Telecomunicaciones SL / Cristina Rodríguez Nogueira*); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*VB Pénzügyi Lízing Zrt / Schneider*); HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (*Pohotovost*); HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10, *NJ* 2012/512, *TvC* 2012/6, p. 285 m.nt. M.B.M. Loos (*Banco Español de Crédito*); HvJ EU 21 februari 2013, nr. C-472/11, *NJ* 2013/326, *TvC* 2013/4, p. 172 m.nt. De Moor (*Banif Plus Bank*); HvJ EU 14 maart 2013, nr. C-415/11, *NJ* 2013/374 (*Aziz*). Over deze materie bijv. M.B.M. Loos, *WPNR* 2007 (6727), p. 867 e.v.; M.B.M. Loos, *TvC* 2008/3, p. 112 e.v.; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, p. 148 e.v.; zie over het fenomeen

van ambtshalve toepassing van EU-recht in brede zin A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012. Overigens lijkt de ambtshalve toepassing olievlekwerking te hebben; in HvJ EG 4 oktober 2007, C-249/05, *NJ* 2008/37 (*Rampion*) wordt het principe ook toegepast op de Richtlijn Consumentenkrediet, en in HvJ EU 17 december 2009, nr. C-227/08, *NJ* 2010/225 (*Martin Martin / EDP Editores*) op de Colportagerichtlijn.

5 Dit is een discussie tussen rekkelijken en preciezen. Zie hierover bijv. met verdere verwijzingen, Loos, *TvC* 2013/6, p. 266.

6 Zie art. 139 Rv, waar de HR naar verwijst in r.o. 3.9.2. Art. 139 Rv bepaalt dat in geval van verstek de rechter de vordering toewijst, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.

7 De verplichting tot ambtshalve toetsing bij verstek werd reeds aangenomen door in HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *NJ* 2000, 730 (*Océano Grupo Editorial / Murciano Quintero*). Ik merk op dat de HR nu beslist dat in hoger beroep de grenzen van de rechtsstrijd gerespecteerd moeten worden. Komt de consument in appel niet

op tegen toe- of afwijzing van de vordering waar het oneerlijke beding mee in verband staat, dan mag de appelrechter niet ambtshalve het beding toetsen. Dit volgt uit r.o. 3.6.3 i.f. en r.o. 3.9.1 ('met inachtneming van hetgeen hiervoor in 3.6.3 is overwogen'). Niet relevant is of de consument expliciet een grief richt tegen het rentebeding; de appelrechter moet het rentebeding ook ambtshalve onderzoeken als tegen toewijzing van de hoofdvordering (en daarmee impliciet ook tegen daaraan gerelateerde nevenvorderingen zoals buitengerechtelijke incassovorderingen en (contractuele) rentevorderingen) op andere gronden gegriefd wordt. Zie HR, r.o. 3.10.

8 Vgl. Loos, *TvC* 2013/6, p. 268. Relevant hier is nog dat in het kader van de vernietigbaarheids-sanctie van art. 3:40 lid 2 BW het mogelijk is dat uit de strekking van de dwingende beschermingsbepaling voortvloeit dat de rechter nietigheid uitspreekt ook als de beschermeling er geen beroep op doet. Dit volgt uit Parl. gesch. Boek 3, p. 191 e.v. en *Kamerstukken* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 12 (MvT Aanpassingswet Richtlijn consumentenkoop).

lijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Acht hij een dergelijk beding oneerlijk, dan laat hij het buiten toepassing, tenzij de consument zich hiertegen verzet'.⁹ De consument mag dus in rechte verklaren dat hij het beding wél bindend acht of een andere oplossing of remedie nastreeft¹⁰ en dat verdraagt zich slecht met een nietigheidssanctie vergelijkbaar met een nietigheid wegens strijd met de openbare orde. Eigenlijk creëert het HvJ een rechtsfiguur die in BW-termen trekken heeft van een 'ambtshalve te constateren nietigheid tenzij bevestiging plaatsvindt': de rechter verklaart het beding ambtshalve onverbindend tenzij de consument de bindende kracht ervan aanvaardt door het beding te bevestigen (vgl. art. 3:55 BW).

Ten slotte nog een enkele opmerking over hoe feitenrechtters nu concreet moeten omgaan met de ambtshalve toetsing. Hoewel rechtters al enige jaren te maken hebben met de plicht tot ambtshalve toetsing, is niet zonneklaar hoe ver die plicht nu precies ging (en gaat). Vandaar dat de rechterlijke macht een werkgroep in het leven heeft geroepen die in 2010 een rapport opstelde dat als 'aanbeveling' dienst deed en doet.¹¹ Daar kunnen nu, met de uitspraak van de Hoge Raad in het achterhoofd, de volgende aanbevelingen aan worden toegevoegd:

- Indien de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van Richtlijn 93/13/EEG valt en een beding bevat dat oneerlijk is in de hiervoor genoemde zin, dient hij daarnaar onderzoek te doen, ook indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd.
- De appelrechter mag dit onderzoek niet doen als hij daarmee buiten de rechtsstrijd treedt. Daarvan is in elk geval geen sprake als het beding door de gebruiker van de algemene voorwaarden is ingeroepen ter onderbou-

wing van zijn vordering (of daaraan verbonden nevenvorderingen) en die vordering door de rechter moet worden beoordeeld.

- Staan de relevante feiten niet alle vast, dan zal de rechter de instructiemaatregelen moeten nemen die in dit verband nodig zijn om de volle werking van de Richtlijn 93/13/EEG te verzekeren.
- De rechter dient bij dit alles het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen. Hij dient partijen in de gelegenheid te stellen zich over een en ander uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen.
- Ingeval van verstek moet de rechter het onderzoek doen aan de hand van de dagvaarding¹² en de eiser zonodig uitnodigen om te reageren en stellingen aan te passen.

In de concrete zaak tussen aannemer en opdrachtgever moet het hof waarnaar de zaak is verwezen, nu (ambtshalve) toetsen of het rentebeding oneerlijk is. Dat geschiedt aan de hand van de open norm van artikel 6:233 aanhef en onder a BW. De vraag is dan of het beding, gelet op aard en 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 opdrachtgever. De omstandigheden dat het beding in algemene voorwaarden voorkomt, kennelijk niet is uitonderhandeld, tot een effectieve jaarrente van bijna 27% leidt en daarmee sterk afwijkt van regelend recht (de wettelijke rente van – thans – ongeveer 3% op jaarbasis, maar ook van de wettelijke maximumrente van 15% bij consumentenkrediet),¹³ zullen in dat verband gewogen worden in het nadeel van de aannemer. Maar aangezien *alle* relevante omstandigheden (ambtshalve) gewogen moeten worden, staat de uitkomst van de procedure na verwijzing zeker niet vast. ■

9 HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, *TvC* 2009/5, p. 191 (*Pannon GSM*), punt 35; HvJEU 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse en De Man Garabito*), punt 49.

10 Vgl. HvJ EU 17 december 2009, C-227/08, *NJ* 2010/225 (*Martin Martin / EDP Editores*). Om er achter te komen wat de consument wil, moet de rechter dus vragen stellen. Zie over de procesrechtelijke inpassing van die 'rechterlijke onderzoeksplicht' R.R.M. de Moor, 'De civiele rechter als Europese rechter: balanshersteller of

meevoetballende scheidsrechter?', in: *Doorwerking van Europees recht in het nationaal procesrecht (preadviezen Ned. Ver. voor Procesrecht)*, Den Haag: BJu 2013, p. 30 e.v.

11 Rapport 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht' van de werkgroep van het Landelijk overleg van sectorvoorzitters civiel en kanton (februari 2010). Daarover bijv. P.E.M. Messer-Dinissen & J.W.M. Tromp, *NJB* 2010-20, p. 1291, met reactie van de werkgroep *NJB* 2010, p. 1833. Het rapport is uiteraard geen recht in de

zin van art. 79 RO.

12 Inclusief daaraan gehechte producties; vgl. De Moor, *TvC* 2013/6 p. 270.

13 Ik volg hier de percentages die Loos noemt in *TvC* 2013/6, p. 268, die zijn gebaseerd op het Besluit Kredietvergoeding (BKV) zoals dat thans geldt. Opgemerkt moet worden dat het onderzoek naar redelijkheid van het rentebeding *ex tunc* moet plaatsvinden.