

# Oneerlijke contractsbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid

Prof. mr. A.S. Hartkamp

HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo e.a. / Cajasur Banco SAU e.a.*)

## 1 Inleiding

Het Spaanse Tribunal Supremo (hierna: TS) heeft bij arrest van 9 mei 2013 (in het kader van een door een consumentenorganisatie tegen kredietinstellingen ingestelde verbodsactie) beslist dat bodemrentebedingen in algemene voorwaarden van met consumenten gesloten hypotheekovereenkomsten (dat wil zeggen bedingen die voorzien in een minimumrente waaronder de variabele rente niet kan dalen) oneerlijk waren, en deze bedingen nietig verklaard. Weliswaar ging het volgens het TS om kernbedingen die grammaticaal begrijpelijk waren (zie art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen),<sup>1</sup> maar naast dit formele vereiste diende volgens het TS bovendien te zijn voldaan aan een materiële invulling daarvan, te weten dat de kredietinstellingen voldoende informatie moeten verschaffen om de kredietnemer in staat te stellen de concrete gevolgen van het beding te begrijpen. Daaraan was in deze zaak niet voldaan.

Gutiérrez Naranjo en andere consumenten in gevoegde zaken hebben op grond van deze uitspraak terugbetaling van de bedragen gevorderd die op grond van het nietige beding zijn betaald. In verband hiermee heeft de Juzgado de lo Mercantil van Granada prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld. De grote kamer van het Hof heeft daarop twee beslissingen gegeven, waarvan de eerste geen toelichting behoeft (zie nr. 2) en de tweede in nummer 3-6 wordt besproken.

## 2 Formele en materiële transparantie

De Spaanse regering en twee banken hebben de stelling betrokken dat deze kwestie niet onder de werkingssfeer van Richtlijn 93/13/EEG valt, omdat het TS een hoger niveau van consumentenbescherming heeft gewaarborgd dan de richtlijn, daarbij doelend op de beslissing over het materiële aspect van het transparantiebeginsel. Het Hof heeft deze kansloze stelling eenvoudig verworpen door te verwijzen naar artikel 4 lid 2 en artikel 5 van de richtlijn,<sup>2</sup> waarvan de woorden ‘duidelijk en begrijpelijk’ blijkens het arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 2013 (C-92/11, *RWE Vertrieb*), punt 44, ook betrekking hebben op het inzicht van de consument in de gevolgen van een beding:

‘50 Het Hof heeft in dit verband geoordeeld dat het voor een consument van wezenlijk belang is dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst. Hij zal met name op basis van de aldus verkregen informatie beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd (arrest van 21 maart 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, punt 44). 51 Het onderzoek naar het oneerlijke karakter, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, van een contractueel beding dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, valt bijgevolg binnen de werkingssfeer van deze richtlijn in het algemeen, en van artikel 6, lid 1, ervan in het bijzonder, wanneer de consument vóór de sluiting van het contract niet over de benodigde informatie over de contractuele voorwaarden en de gevolgen van de sluiting ervan beschikte.’

1 Art. 4 lid 2. 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.

2 Art. 5. 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. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in artikel 7, lid 2, bedoelde procedures.

In punt 44 van het *RWE*-arrest was beslist:

‘44. Voor een consument is het immers van wezenlijk belang dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd.’

### 3 Niet-verbindendheid en ongedaanmakingsverplichting

De tweede beslissing van het TS betreft een moeilijker kwestie. Naar het oordeel van het TS kon de nietigheid van de bodemrentebedingen niet leiden tot een terugvorderingsactie. Daartoe werd overwogen dat de nietigverklaring van de bodemrentebedingen geen terugwerkende kracht kon hebben tot vóór de publicatie van de uitspraak, dus 9 mei 2013, en evenmin gevolgen zou hebben voor situaties waarover reeds definitief uitspraak was gedaan in rechterlijke beslissingen met kracht van gewijsde. Deze beslissing baseerde het TS op een algemeen rechtsbeginsel, en wel het rechtszekerheidsbeginsel:

‘24 De Tribunal Supremo heeft geoordeeld dat de bodemrentebedingen als zodanig rechtmatig waren, dat zij voldeden aan objectieve gronden, dat zij niet ongewoon of buitensporig waren, dat de markt van hypothecair krediet het gebruik ervan langdurig heeft gedoogd, dat de nietigverklaring ervan was gebaseerd op het gebrek aan transparantie vanwege ontoereikende informatie aan kredietnemers, dat de bankinstellingen de informatievereisten in acht hadden genomen, dat de vaststelling van een minimumrentepercentage aan de behoefte voldeed om een minimumrendement van de betrokken hypothecaire leningen te behouden die het de bankinstellingen mogelijk maakte om de kosten van verstrekking en instandhouding van deze financieringen te dekken, dat de bodemrentebedingen zodanig waren berekend dat zij geen belangrijke veranderingen teweegbrachten in de aanvankelijke aflossingsbedragen, waarmee de kredietnemers rekening hielden toen zij hun financiële beslissingen namen, dat de Spaanse regelgeving substitutie van de schuldeiser toestond en dat de terugwerkende kracht van de nietigverklaring van de betrokken bedingen ernstige economische verstoringen tot gevolg zou hebben.’

In een uitspraak van 2015 naar aanleiding van een individuele actie in een andere zaak heeft het TS eveneens de verplichting tot terugbetaling beperkt tot bedragen die zijn betaald na 9 mei 2013.

De verwijzende rechter heeft aan het Hof van Justitie de vraag gesteld of artikel 6 lid 1 van de richtlijn<sup>3</sup> zich tegen deze rechtspraak verzet.

### 4 De beslissing van het HvJ: ongedaanmaking mag niet door een nationale maatregel worden uitgesloten

Deze vraag heeft het Hof van Justitie (Grote Kamer) in een principieel betoog bevestigend beantwoord:

‘52 Voor zover de verwijzende rechters verwijzen naar het arrest van 9 mei 2013, waarin de terugbetalingsplicht die voortvloeit uit de vaststelling dat de bodemrentebedingen oneerlijk zijn, wordt beperkt, moet dus worden onderzocht of artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het een dergelijke inperking door een nationale rechter toestaat.

53 Volgens artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 bepalen de lidstaten dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden.

54 Deze bepaling 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 in die zin arrest van 30 mei 2013, *Asbeek Brusse en de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, punt 44).

55 Bovendien gaat het hier om een dwingende bepaling die beoogt het door 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 (arrest van 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, punt 63).

56 Gelet op de aard en het gewicht van het openbaar belang waarop de aan de consument – die zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt – verschaft bescherming berust, verplicht richtlijn 93/13 de lidstaten volgens artikel 7, lid 1, juncto de vierentwintigste overweging ervan, in doeltreffende en geschikte middelen te voorzien “om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers” (arrest van 30 april 2014, *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 78).

57 Hiertoe is de nationale rechter zonder meer verplicht om een contractueel oneerlijk beding buiten toepassing te laten, opdat dat beding geen bindende werking krijgt ten aanzien van de consument, maar heeft hij niet de bevoegdheid om de inhoud van een dergelijk beding te herzien (zie in die zin arrest van 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, punt 65).

58 In dit verband moet de nationale rechter in de eerste plaats ambtshalve toetsen 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 verkoper compenseren zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.

59 De door de richtlijn vastgelegde bescherming is immers slechts volledig doeltreffend indien de nationale rechter die ambtshalve heeft vastgesteld dat een beding oneerlijk is, hieruit alle consequenties kan trekken zonder te wachten tot de consument die van zijn rechten in kennis is gesteld, verklaart dat hij om nietigverklaring van dit beding verzoekt (arrest van 30 mei 2013, *Jórs*, C-397/11, EU:C:2013:340, punt 42).

60 In de tweede plaats heeft de nationale rechter niet de bevoegdheid om de inhoud van de oneerlijke bedingen te herzien, omdat dit er anders toe kan bijdragen dat de afschrikkende werking die voor verkopers daarin besloten ligt dat dergelijke oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument, teniet wordt gedaan (zie in die zin arrest van 21 januari 2015, *Unicaja Banco en Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2015:21, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 Uit het voorgaande volgt dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een oneerlijk contractueel beding in beginsel geacht moet worden nooit te hebben bestaan, zodat het geen gevolgen heeft ten aanzien van de consument. Derhalve moet de vaststelling in rechte dat een dergelijk beding oneerlijk is in beginsel tot gevolg hebben dat de situatie waarin de consument rechtens en feitelijk zonder dat beding zou hebben verkeerd, wordt hersteld.

3 Art. 6 lid 1. De Lid-Staten 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.

62 Hieruit volgt dat de verplichting voor de nationale rechter om een oneerlijk contractueel beding tot betaling van bedragen die onverschuldigd blijken, buiten toepassing te laten, in beginsel tot een terugbetalingsplicht leidt die overeenkomt met deze zelfde bedragen.

63 Het ontbreken van een dergelijke terugbetalingsplicht zou immers de afschrikkende werking in gevaar kunnen brengen die artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, van deze richtlijn, heeft willen hechten aan de vaststelling dat de bedingen in de tussen een consument en een verkoper gesloten overeenkomst, oneerlijk zijn.

64 Volgens artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 moeten de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen “onder de in het nationale recht geldende voorwaarden” de consument niet binden (arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 57).

65 Het feit dat het nationale recht een regelingskader biedt voor de door richtlijn 93/13 aan consumenten geboden bescherming, mag echter niet de omvang en bijgevolg de inhoud van deze bescherming wijzigen en aldus afbreuk doen aan de door de wetgever van de Europese Unie gewenste versterking van de doeltreffendheid van deze bescherming door de vaststelling van eenvormige voorschriften op het gebied van oneerlijke bedingen, zoals ook is aangegeven in de tiende overweging van richtlijn 93/13.

66 Hoewel de lidstaten bijgevolg door middel van hun nationale recht de modaliteiten dienen te bepalen in het kader waarvan kan worden vastgesteld dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is en in het kader waarvan de concrete juridische gevolgen van deze vaststelling vorm krijgen, neemt dit niet weg dat op basis van een dergelijke vaststelling de situatie waarin de consument zich rechtens en feitelijk zonder dat oneerlijke beding zou hebben bevonden, moet kunnen worden hersteld, met name door een recht in het leven te roepen op terugbetaling van de voordelen die de verkoper op grond van dat oneerlijke beding ten nadele van de consument onverschuldigd heeft verkregen.

67 In casu heeft de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013, waarnaar de verwijzende rechters verwijzen, geoordeeld dat de vaststelling dat de betrokken bodemrentebedingen oneerlijk zijn, geen gevolgen had voor situaties waarover reeds definitief uitspraak was gedaan in rechterlijke beslissingen met kracht van gewijsde, en evenmin voor betalingen die waren gedaan vóór de uitspraak van dat arrest, en dat derhalve de gevolgen die uit deze vaststelling voortvloeiden, met name het recht van de consument op terugbetaling, op grond van het rechtszekerheidsbeginsel waren beperkt tot de bedragen die na die datum onverschuldigd waren betaald.

68 In dit verband is het juist dat het Hof reeds heeft erkend dat de bescherming van de consument niet absoluut is. In het bijzonder heeft het Hof in deze zin vastgesteld dat het Unierecht een nationale rechter niet gebiedt, nationale procedureregels buiten toepassing te laten die, met name, een beslissing gezag van gewijsde verlenen, ook al zou daardoor een schending van een bepaling, van welke aard dan ook, uit richtlijn 93/13 door deze beslissing kunnen worden opgeheven (zie in die zin arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 37). Hieruit volgt dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013 kon beslissen dat dit arrest geen gevolgen had voor situaties waarover reeds definitief was beslist bij eerdere rechterlijke uitspraken die kracht van gewijsde hebben verkregen.

69 Daarnaast heeft het Hof reeds geoordeeld dat met het Unierecht verenigbaar is dat in het belang van de rechtszekerheid redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht (arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 41).

70 Evenwel dient de toepassing van een procedureregule, zoals een redelijke verjaringstermijn, te worden onderscheiden van een beperking in de tijd van de gevolgen van een uitlegging van een regel van Unierecht (zie in die zin arrest van 15 april 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In dat kader dient in herinnering te worden gebracht dat, gelet op het fundamentele karakter van een algemene eenvormige toepassing van

het Unierecht, alleen het Hof kan beslissen over beperkingen in de tijd die voor een door hem gegeven uitlegging hebben te gelden (zie in die zin arrest van 2 februari 1988, *Barra e.a.*, C-309/85, EU:C:1988:42, punt 13).

71 De in het nationale recht geldende voorwaarden, waarnaar artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 verwijst, mogen derhalve geen afbreuk doen aan de essentie van het recht dat consumenten aan deze bepaling – zoals uitgelegd in de in de punten 54 tot en met 61 van dit arrest aangehaalde rechtspraak van het Hof – ontlene om niet gebonden te zijn aan een beding dat geacht wordt oneerlijk te zijn.

72 De door de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013 toegepaste beperking in de tijd van de rechtsgevolgen die voortvloeien uit de nietigverklaring van de bodemrentebedingen komt erop neer dat op algemene wijze aan elke consument die vóór deze datum een hypotheeklening met een dergelijk beding heeft afgesloten, het recht wordt ontnomen op gehele terugbetaling van de bedragen die hij in de periode vóór 9 mei 2013 op grond van dat beding onverschuldigd aan de bankinstelling heeft betaald.

73 Hieruit volgt dat nationale rechtspraak, zoals die welke volgt uit het arrest van 9 mei 2013, betreffende de beperking in de tijd van de rechtsgevolgen die overeenkomstig artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 voortvloeien uit de vaststelling dat een contractueel beding oneerlijk is, slechts een beperkte bescherming biedt aan consumenten die vóór de datum van de uitspraak waarin het oneerlijke karakter van dat beding is vastgesteld, een hypotheeklening met een bodemrentebeding hebben afgesloten. Een dergelijke bescherming is bijgevolg onvolledig en ontoereikend en vormt geen geschikt en doeltreffend middel om een einde te maken aan het gebruik van dit soort bedingen, hetgeen in strijd is met artikel 7, lid 1, van deze richtlijn (zie in die zin arrest van 14 maart 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 60).

74 Bijgevolg dienen de verwijzende rechters, die voor de beslechting van de hoofdingen gebonden zijn aan de door het Hof gegeven uitlegging van het Unierecht, op eigen gezag de door de Tribunal Supremo in het arrest van 9 mei 2013 vastgestelde beperking in de tijd van de gevolgen buiten toepassing te laten, aangezien deze beperking niet verenigbaar is met dit recht (zie in die zin arresten van 5 oktober 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punten 29-32; 19 april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, punten 33 en 34; 5 juli 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, punt 36, en 8 november 2016, *Ognyanov*, EU:C:2016:835, C-554/14, punten 67-70).

75 Uit het voorgaande vloeit voort dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen nationale rechtspraak volgens welke de terugbetalingsplicht die voortvloeit uit het in rechte vastgestelde oneerlijke karakter, in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, van een beding in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper, in de tijd wordt beperkt tot enkel de bedragen die na de uitspraak van de beslissing waarbij in rechte het oneerlijke karakter ervan is vastgesteld, met toepassing van dat beding onverschuldigd zijn betaald.

## 5 Commentaar op de beslissing van het Hof

De beslissing bevat één nieuw element (zie onder c), maar ook overigens kunnen enige toelichtende en aanvullende opmerkingen geen kwaad.

a. *Het gelijkwaardigheidsbeginsel*. Blijkens punt 54 moet artikel 6 lid 1 van de richtlijn worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden. In het arrest *Asbeek Brusse* (C-488/11), waarnaar wordt verwezen, bracht dat mee dat indien de (in dat geval Nederlandse) appelrechter het in hoger beroep bestreden vonnis buiten de grieven om mag (en moet) vernietigen op een grond die de nationale openbare orde raakt, hij dat ook moet doen indien de beslissing van de eerste rechter

in strijd is met artikel 6 lid 1 van de richtlijn (c.q. de nationale implementatiewetgeving). De Hoge Raad is die uitspraak gevolgd in het arrest *Heesakkers / Voets*.<sup>4</sup> Een ander bekend voorbeeld is het arrest *Asturcom* (C-40/8): de nationale rechter mag en moet het exequatur van een arbitraal vonnis, dat berust op een arbitraal beding dat niet bindend is op grond van artikel 6 lid 1 van de richtlijn, weigeren, zelfs als dat vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, indien hij die bevoegdheid naar nationaal recht heeft bij strijd met de nationale openbare orde. Dat betekent niet dat de regel dat oneerlijke bedingen de consument niet binden zélf van openbare orde is. Dat zou bijvoorbeeld meebrengen dat het beding van rechtswege nietig zou zijn, zodat iedereen zich daarop zou kunnen beroepen. Dat is echter niet het geval: de beslissing of het beding als nietig moet gelden komt toe aan de consument, hetgeen in het Nederlandse recht wordt aangeduid als een vernietigbaarheid (zie art. 6:233 BW). Derden kunnen zich daarop niet beroepen. En weliswaar moet de rechter zo nodig ambtshalve oordelen of het beding oneerlijk is, en moet hij het in het bevestigende geval in beginsel buiten toepassing laten (naar Nederlands recht: vernietigen), maar dat lijdt uitzondering indien de consument zich daartegen verzet.<sup>5</sup>

b. *Geen herziening van oneerlijke bedingen*. In punt 57 en punt 60 wordt herinnerd aan de rechtspraak volgens welke de rechter zonder meer verplicht is om een oneerlijk beding buiten toepassing te laten. Hij heeft niet de bevoegdheid om de inhoud van een dergelijk beding te herzien. Aldus het arrest *Banesto* (C-618/10), dat dus rechtsfiguren als conversie, matiging, teleologische reductie of partiële nietigheid (voor zover gericht op het 'wegsnijden van het nietige gedeelte van een beding) uitsluit. De rechter is in beginsel ook niet bevoegd om wegens nietigheid van een oneerlijk beding de gehele overeenkomst nietig te verklaren, nu artikel 6 lid 1 van de richtlijn ervan uitgaat dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. Een leemte aanvullen met aanvullend of regelend recht mag wel, mits de overeenkomst zonder die aanvulling algeheel nietig zou moeten worden geacht waardoor de consument in zijn belang zou worden geschaad, en mits de aanvulling een reëel evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen herstelt (*Kasler*, C-26/13; *Unicaja Banca*, C-482/13). Voorts mag het nationale recht de door de richtlijn geboden bescherming uitbreiden door te bepalen dat een overeenkomst die een onredelijk beding bevat in haar geheel nietig kan worden verklaard, indien zulks de consument een betere bescherming biedt (*Pereničová* C-453/10, punt 36).

c. *Geen uitsluiting van ongedaanmakingsverplichtingen*. De consequentie van het voorgaande is blijkens punt 61 e.v. dat een beding waarvan de rechter de oneerlijkheid heeft vastgesteld, geacht moet worden nooit te hebben bestaan, zodat de consument moet worden gebracht in de situatie waarin hij zonder het beding zou hebben verkeerd. Verrichte prestaties moeten dus ongedaan worden gemaakt, en dat geldt met name voor de voordelen die de verkoper op grond van het oneerlijke beding ten nadele van de consument onverschuldigd heeft verkregen. Hoewel artikel 6 lid 1 bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden 'onder de in het nationale recht gestelde voorwaarden' mag het nationale recht de omvang en dus de inhoud van de ongedaanmakingsverplichting niet beperken. Voor het Nederlandse recht is het van belang dit in het oog te houden bij de toepassing van bepalingen die strekken tot beperking van de rechtsgevolgen van nietigheid of daartoe kunnen worden gehanteerd, zoals artikel 3:53 lid 2 en artikel 6:248 lid BW. Naar het oordeel van het Hof van Justitie, op dit punt afwijkend van de conclusie van A-G Mengozzi, verzet deze strekking van de richtlijn zich tegen de beslissing van het TS dat de vaststelling van de oneerlijkheid van de bodemrentebedingen geen terugwerkende kracht heeft en niet kan leiden tot een terugvorderingsactie tegen de kredietverschaffende banken in de aan de orde zijnde zaken of in andere zaken die op de datum van de beslissing (9 mei 2013) nog niet waren afgesloten met een in kracht van gewijsde gegaan vonnis. Alleen het Hof kan beslissen over een beperking in de tijd van een gegeven beslissing (punt 70), en daartoe is het in deze situatie niet bereid, omdat daardoor afbreuk zou worden gedaan aan de effectiviteit van de richtlijn (zie art. 7 lid 1 daarvan). Het Hof voegt volledigheidshalve toe dat het EU-recht zich in beginsel niet verzet tegen de werking van kracht en gezag van gewijsde (punt 68),<sup>6</sup> en evenmin tegen redelijke verjaringstermijnen (punt 69). De redenering wordt afgesloten met de opdracht aan de verwijzende rechters om de desbetreffende beslissingen van het TS buiten toepassing te laten (zoals zij ook zouden moeten doen met een nationale wetsbepaling van die strekking). Of de rechter hiertoe bevoegd is, moet worden beoordeeld naar Spaans recht; zou dat niet het geval zijn dan dreigt uiteraard *Francovich*-aansprakelijkheid.

d. *Reikwijdte van de verplichting tot ambtshalve toepassing*. In de onderhavige uitspraak wordt ook de verplichting van de rechter tot ambtshalve toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen opnieuw aangestipt (punten 58 en 59). In vorige annotaties heb ik reeds vermeld dat deze verplichting tot andere consumentenbeschermende richtlijnen is uitgebreid en ook op andere aspecten dan (in de richtlijn of de implementatiewetgeving uitgesproken) nietigheden kan worden betrokken.<sup>7</sup> Uit punt 42 van het arrest *Faber*

4 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/188.

5 Aldus is voor het eerst beslist in het arrest *Pannon* (C-243/08), later onder meer in *Asbeek Brusse* (C-488/11). De Hoge Raad heeft zich daarbij aangesloten in *Heesakkers / Voets*.

6 Doch zie voor uitzonderingen mijn noot onder

*Klausner Holz* (C-505/14), 'De spanning tussen gezag van gewijsde en het Europese doeltreffendheidsbeginsel', AA 2016, p. 286-292 (AA20160286).

7 Zie de annotaties onder *Duarte* (C-33/12), 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht. Een nieuw hoofdstuk: de richtlijn consumentenkoop', AA 2015, p. 222-226 (AA20150222) en *Faber* (C-497/13), 'Ambtshalve toepassing van Europees

consumentenrecht: de richtlijn consumentenkoop (vervolg)', AA 2015, p. 816-820 (AA20150816). Andere richtlijnen: colportage, consumentenkrediet, consumentenkopen. Andere voorschriften dan nietigheidsbepalingen: de toewijzing van een andere vordering dan is ingesteld (koopprijsvermindering in plaats van algehele ontbinding); een regel inzake bewijslastverdeling.

blijkt dat het Hof de verplichting in wezen betreft op alle consumentenrichtlijnen, en wel ‘op een aantal bepalingen’ daarvan.<sup>8</sup> In het arrest *Radlinger/Finway* (C-377/14)<sup>9</sup> is zij weer verder ingevuld: de rechter moet ambtshalve onderzoeken of is voldaan aan de informatieplichten, geregeld in artikel 10 lid 2 van Richtlijn 2014/18/EU inzake consumentenkrediet. Voorts werd in die zaak de verplichting tot ambtshalve toepassing aanvaard in een nieuw type bijzondere procedure, namelijk een insolventieprocedure. Naar het in casu toepasselijke nationale (Tsjechische) recht heeft de rechter in een dergelijke procedure niet de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing, en kan hij voorts alleen bij niet door zekerheid gedekte vorderingen en in bepaalde gevallen (verjaring, tenietgaan door betaling) het bestaan van een vordering onderzoeken. Deze belemmeringen werden, zoals gebruikelijk in dit soort gevallen, door het Hof niet aanvaardbaar geacht, zulks ten koste van de nationale processuele autonomie.

## 6 Het begrip consument

Bij de toepassing van de consumentenbeschermende richtlijnen, die strekken tot bescherming van consumenten die contracteren met beroeps- of bedrijfsmatig handelende personen, vormt normaal gesproken de hantering van de definitie van het begrip ‘consument’ geen probleem, maar soms is dat anders, namelijk indien een koper een beroep of bedrijf uitoefent en het voor de verkoper niet duidelijk is of de koper het contract sluit in de uitoefening van dat beroep of bedrijf of voor privé-doeleinden. In artikel 2 van de richtlijn oneerlijke bedingen (en hetzelfde geldt voor bijv. de richtlijn consumentenkrediet en de richtlijn consumentenrechten) luidt die definitie ‘iedere natuurlijke persoon’ die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten ‘handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.’ In enkele recente uitspraken is aan dit begrip een duidelijke, op rechtszekerheid gerichte uitleg gegeven. In het arrest *Costea* (C-110/14)<sup>10</sup> werd geoordeeld dat een advocaat die geld leent voor doeleinden die buiten zijn beroepsuitoefening vallen, als consument in de zin van de richtlijn geldt, zelfs als hij als vertegenwoordiger van zijn advocatenkantoor een aan het kantoor in eigendom toebehorende onroerende zaak tot zekerheid voor de lening verbindt. In twee recente beschikkingen (*Tarcao*, C-74/15, en *Dumitras*, C-534/154) wordt gesproken van een ‘objectief begrip’, dat moet worden vastgesteld aan de hand van een functioneel criterium, namelijk of de betrokken contractuele band ‘deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of een bedrijf’. Het ging om een borgstelling door een natuurlijk persoon voor de schulden van een vennootschap. De nationale rechter moet beoordelen ‘of die persoon heeft gehandeld in het kader van zijn bedrijfs- of

beroepsactiviteit of op grond van functionele banden die hij met die vennootschap heeft, zoals het beheer daarvan of een niet onaanzienlijke deelneming in het maatschappelijk kapitaal ervan, dan wel heeft gehandeld voor privé-doeleinden.’ Onder deze rechtspraak is de directeur die zich borg stelt voor een schuld van zijn vennootschap geen consument in de zin van de richtlijn oneerlijke bedingen, maar is hij dat wel indien hij hetzelfde doet nadat de schuld via subjectieve novatie is overgegaan op een andere vennootschap waarvan hij geen directeur is en waarmee hij geen functionele banden heeft, en hij zich borg stelt voor een schuld die die vennootschap in verband met de novatie op zich heeft genomen.

Ik vermeld in dit verband dat het begrip consument in artikel 6:237 en 6:238 BW (anders dan in art. 7:57 BW) iets anders wordt gedefinieerd dan in de voormelde richtlijnen, namelijk als een natuurlijke persoon ‘die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’. Het lijkt mij niet dat dit tot andere uitkomsten leidt dan het in de richtlijnen gebruikte begrip. Men neme het voorbeeld van een tandarts die een stoel koopt voor zijn wachtkamer of een winkelier die zijn winkelpui laat schilderen. Volgens artikel 2:236 en 237 BW en de wetsgeschiedenis daarbij handelen de tandarts en de winkelier hier in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, zodat geen sprake is van consumentenovereenkomsten.<sup>11</sup> Dit is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie, omdat hier niet sprake is van een overeenkomst die buiten de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de tandarts of de winkelier valt, nu er immers een samenhang bestaat tussen de beroeps- of bedrijfsmatige activiteit en de overeenkomst resp. nu er geen sprake is van doeleinden die buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening vallen (daarmee niets te maken hebben).<sup>12</sup>

Volgens een andere opvatting hangt de aard van de transactie af van het antwoord op de vraag ‘of de verkoper of dienstverlener heeft moeten begrijpen of de koper of opdrachtgever de overeenkomst voor privédoeleinden of voor professionele doeleinden sloot’.<sup>13</sup> Deze opvatting strekt ertoe dat beter wordt aangesloten bij de verwachtingen van de contractspartijen, in het bijzonder de verkoper. Bovendien wordt ermee beoogd dat de koper ook als consument wordt beschermd indien hij een zaak of een dienst verwerft voor zowel beroepsmatig gebruik als privégebruik. Beide punten zijn niet in overeenstemming met de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie. Die rechtspraak kiest immers als criterium: indien een koper die een beroep of bedrijf uitoefent handelt voor doeleinden die niets met zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten te maken hebben, is hij consument en geniet hij de bescherming van de richtlijnen. Dat geldt dus ook als de verkoper geen rekening behoefde te houden met het feit dat de koper voor privédoeleinden kocht. Anderzijds wordt de koper niet als

8 Zie AA 2015, p. 820 (AA20150816).

9 Hof van Justitie 21 april, C-377/14, *JOR* 2016/238, m.nt. T.M.C. Arons (*Radlinger/Finway*).

10 Hof van Justitie 3 september 2015, C-110/14, *NJ* 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Horatiu Ovidiu*

*Costea/Volksbank Romania*).

11 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/500.

12 Zie het al wat oudere arrest *De Pinto* (C-361/89), besproken in Asser/Hartkamp 3-I 2015/163, resp. de in de tekst genoemde uitspraken in *Costea* en

*Dumitras*.

13 Aldus Loos in zijn NJ-noot onder het arrest *Costea* (zie voetnoot 10), onder 2, verwijzend naar eigen geschriften en naar Asser/Hijma 7-I\* 2013/78.

consument beschermd indien hij het contract sluit zowel voor doeleinden die met zijn beroep of bedrijf samenhangen als voor privédoeleinden. Op dit laatste punt zou wat beweging kunnen ontstaan als gevolg van de recente richtlijn inzake consumentenrechten, waarin – althans in de preambule, niet in de tekst – het begrip consument wordt uitgebreid tot degene die de zaak voor beide doeleinden koopt, mits het privégebruik duidelijk overheerst.<sup>14</sup>

## 7 Conclusie

Het arrest *Gutiérrez Naranjo* maakt opnieuw duidelijk dat indien een beding in algemene voorwaarden oneerlijk (ten onzent: onredelijk bezwarend) is verklaard, de niet-verbindendheid daarvan, die zo nodig ambtshalve moet worden uitgesproken, in alle opzichten moet worden geëerbiedigd.

De rechter mag haar niet mitigeren door toepassing van leerstukken als conversie, matiging, teleologische reductie of partiële nietigheid (voor zover gericht op het ‘wegsnijden van het nietige gedeelte van een beding). Zelfs aanvulling van de ontstane leemte met behulp van regulerend recht is slechts binnen nauwe grenzen toegestaan. Hetzelfde geldt voor nietigverklaring van de gehele overeenkomst. Hieruit vloeit voort dat het nationale recht de consument niet het recht mag ontnemen op restitutie van door hem ingevolge het beding verrichte prestaties. Met de toepassing van artikelen als 3:53 en 6:248 lid 2 BW, voor zover gericht op de mitigering van de rechtsgevolgen van de onverbindendheid, zal dus voorzichtigheid moeten worden betracht. Helemaal uitgesloten lijkt zij mij niet, maar dan moet het gaan om uitzonderingsgevallen, die geen afbreuk doen aan de effectiviteit van de richtlijn.<sup>15</sup> ■

<sup>14</sup> In de Richtlijn consumentenrechten (2011/83) wordt het begrip consument weliswaar op dezelfde wijze gedefinieerd als in de (in de tekst genoemde) Richtlijnen oneerlijke bedingen en consumentenkrediet, maar overweging 17 van de preambule beoogt ruimte te scheppen voor het begrip ‘gemengde overeenkomst’: ‘Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en

deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt.’ Dit lijkt ruimhartiger pro-consument dan het arrest *Gruber* (C-464/01), waarin het Hof van een consumentenovereenkomst spreekt als de beroeps- of bedrijfsmatige activiteit van de koper slechts een

onbetekenende rol heeft gespeeld. Overigens ging het daar om de rechterlijke bevoegdheid onder het EEX-verdrag.

<sup>15</sup> Zie voor een dergelijke afweging in een geval waarin het ging om de toepassing van het leerstuk misbruik van recht, Asser/Hartkamp 3-I 2015/118.