

Oneerlijke contractsbedingen in verband met hypothecaire uitwinning en gezag van gewijsde

Prof.mr. A.S. Hartkamp

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

1 Inleiding

Het Hof van Justitie EU heeft reeds een aantal Spaanse zaken behandeld over de problematiek van het verhaal door banken op verhypothekerde woningen.¹ Vanuit Europees-privaatrechtelijk zicht heeft die problematiek, die is aangewakkerd door de economische crisis na 2008, twee aspecten. In de eerste plaats is er de vraag of de kredietovereenkomsten die aan de hypotheekverlening ten grondslag liggen, oneerlijke clausules bevatten in de zin van Richtlijn 93/13/EEG en wat de gevolgen daarvan zijn. De tweede, procesrechtelijke, vraag is in hoeverre de regelingen inzake hypothecaire uitwinning (met name die in het Spaanse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van 2000), die allerlei beperkingen bevatten voor de executierechter om de oneerlijkheid te onderzoeken, als strijdig met de doeltreffendheid van de door de richtlijn verleende bescherming buiten toepassing moeten worden gelaten. Ook in deze zaak zijn beide aspecten, ten dele weer op een nieuwe manier, aan de orde. Daarnaast vraagt het gezag van gewijsde aandacht.

2 De casus

Banco Primus (hierna: de bank) heeft in 2008 een lening verstrekt aan Gutiérrez García, die tot zekerheid daarvoor een hypotheek verschaftte op zijn woonhuis. De lening had een looptijd van 47 jaar en moest worden afgelost in 564 maandelijkse termijnen. Nadat zeven opeenvolgende ter-

mijnen onbetaald waren gebleven, heeft de bank in 2010 de lening vervroegd opeisbaar verklaard overeenkomstig beding 6 bis van de leningsovereenkomst en betaling geëist van de volledige nog uitstaande hoofdsom, de gewone rente, de vertragsrente en diverse kosten. Zij heeft ook de procedure van verkoop bij opbod van het verhypothekerde goed op gang gebracht.

Op de veiling hebben zich geen bieders gemeld. Daarop heeft de rechter – dezelfde die in deze zaak de prejudiciële vragen heeft gesteld, hierna genoemd de verwijzende rechter – het huis bij uitvoerbare beslissing van 21 maart 2011 toegewezen aan de bank voor een bedrag overeenkomende met 50% van de taxatiewaarde.²

Op 6 april 2011 heeft de bank verzocht het bezit van het huis te verkrijgen, wat is uitgesteld wegens drie opeenvolgende incidentele procedures, waaronder de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 12 juni 2013, waarbij beding 6 van de leningsovereenkomst, dat de vertragsrente betreft, is aangemerkt als een oneerlijk beding. Met de vaststelling van een beschikking van 8 april 2014 aan het einde van de derde incidentele procedure is de schorsing van de procedure tot uitzetting opgeheven.

Hierna begon de strijd, voor zover voor ons interessant, pas echt. Op 11 juni 2014 heeft Gutiérrez García bij de verwijzende rechter bijzonder incidenteel verzet aangetekend tegen de hypothecaire executie op grond dat beding 6 van de leningsovereenkomst oneerlijk was.

1 De belangrijkste zijn HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10 (*Banco Español de Crédito/Calderón*), HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11 (*Aziz/Catalunyacaixa*), HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14 (*Sánchez Morcillo/Banco Bilbao*) en HvJ EU 29 oktober 2015, C-8/14 (*BBVA/Penalva Lopez*). Zie

over deze zaken (met als uitgangspunt *Sánchez Morcillo* en de niet-Spaanse zaak *Kušionová* (HvJ EU 10 september 2014, C-34/13)), F. Della Negra, 'The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: *Sánchez Morcillo* and *Kušionová*,

CMLR (52) 2015, p. 1009 e.v.

2 Kennelijk vaste praktijk in Spanje, zie ook HvJ EU 30 april 2014, C-280/13 (*Barclays Bank/Sánchez García*).

Naar aanleiding van dat verzet heeft de verwijzende rechter de ontruimingsprocedure geschorst bij beslissing van 16 juni 2014. Hij heeft er daarbij op gewezen dat, behalve met betrekking tot het verdragingsrentebeding, ook voor enkele andere bedingen in de leningsovereenkomst de vraag rees of zij oneerlijk waren in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Maar hij stelde vast dat het verzet van Gutiérrez García tardief was, namelijk nadat een hierna te vermelden termijn was verstreken.

Over dit complex van problemen heeft de verwijzende rechter een aantal vragen aan het Hof van Justitie gesteld. Deze komen hierna achtereenvolgens aan de orde, tezamen met de daarop betrekking hebbende beslissingen van het hof.

3 Overgangsrecht en de Richtlijn oneerlijke bedingen

In een eerdere Spaanse hypotheekexecutieprocedure (*Aziz*, C-415/11) had het hof beslist dat de richtlijn zich verzet tegen een bepaling van het Spaanse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, omdat zij het de consument onmogelijk maakte zich tegen hypothecaire executie te verzetten met een beroep op het oneerlijke karakter van bedingen in een kredietovereenkomst. Het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen kon noch ambtshalve, noch op verzoek van de consument door de executierechter worden getoetst, terwijl de gewone rechter, aan wie de vraag ter verkrijging van een declaratoire uitspraak kon worden voorgelegd, niet de bevoegdheid had om (na eventuele oneerlijkbevinding van de bedingen) de executie te schorsen.

Nadien is de wet gewijzigd. Bij wet 1/2013 is mogelijk gemaakt dat de executierechter ambtshalve en op elk tijdstip van de procedure kan toetsen of bedingen oneerlijk zijn, en is een nieuwe verzetsgrond toegevoegd die is gebaseerd op de oneerlijkheid van een contractueel beding dat de grondslag vormt voor de executie of aan de hand waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld. Sindsdien kan na verzet van de geëxecuteerde uit hoofde van het oneerlijke karakter van een contractueel beding de executie worden geschorst totdat is beslist op het bij incidentele procedure gedane verzet. De verzetsprocedure kan worden ingesteld in het kader van zowel gewone als hypothecaire-executieprocedures die zijn ingeleid na de inwerkingtreding van wet 1/2013, en wel binnen de gewone termijn van tien dagen na kennisgeving van de akte waarbij executie wordt bevolen.

Voor executieprocedures die bij de inwerkingtreding van wet 1/2013 reeds liepen en waarin de termijn van tien dagen al was ingegaan of verstreken, voorziet de vierde overgangsbepaling in een vervaltermijn van één maand vanaf de dag na inwerkingtreding van de wet. In *BBVA* (C-8/14) is deze termijn in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel verklaard, niet omdat de termijn van een maand te kort is, maar omdat het aan debiteuren tegen wie reeds een executieprocedure loopt – aan het begin waarvan is kennis gegeven dat zij een verzettermijn van tien dagen hebben

– redelijkerwijs niet kenbaar is dat zij alsnog de kans hebben gekregen om verzet aan te tekenen, indien zij daarvan niet op de hoogte zijn gesteld in een aan hen gerichte kennisgeving. Deze beslissing wordt in het onderhavige arrest herhaald (punten 36-37).

Het hof en de A-G Szpunar gaan niet in op de vraag wat deze beslissing betekent voor de onderhavige zaak. Dat is immers een probleem van Spaans recht. Het is mogelijk dat die vraag inmiddels is beantwoord in het vervolg van de zaak *BBVA*, waarin de uitspraak van het hof dateert van 29 oktober 2015. Helaas bestaat er bij het Hof van Justitie geen registratie van nationale vervolguitspraken. Misschien is de verwijzende rechter in staat de overgangsbepaling (zie voor de tekst punt 15 van het arrest) richtlijnconform uit te leggen, al is richtlijnconforme interpretatie over het algemeen niet gemakkelijk bij teksten die handelen over termijnen. In dat geval kan hij nog in deze zaak rekening houden met de hierna te vermelden beslissingen van het hof inzake de inhoud van de bedingen. Mogelijk is ook dat de Spaanse wetgever na het arrest *BBVA* een voorziening heeft getroffen om het bezwaar van het hof tegen de overgangsbepaling te ecarteren. Indien de Spaanse wetgever dat heeft nagelaten dreigt staatsaansprakelijkheid op grond van de *Francovich/Köbler*-leer van het hof.

4 Gezag van gewijsde en de Richtlijn oneerlijke bedingen

Alvorens het hof toekomt aan vragen over de inhoud van de te toetsen bedingen, moet het nog een vraag beantwoorden van processuele aard, en wel over het gezag van gewijsde in verband met de Richtlijn oneerlijke bedingen.

Zoals onder 2 werd vermeld, heeft de executierechter in één van de incidentele procedures (de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 12 juni 2013) beding 6 van de leningsovereenkomst, dat de verdragingsrente betreft, aangemerkt als een oneerlijk beding. Die beslissing is definitief en heeft volgens het Spaanse recht (art. 207 Wetboek van Burg. Rv, geciteerd in punt 17 van het arrest) gezag van gewijsde. De verwijzingsrechter vraagt nu of Richtlijn 93/13/EEG zich tegen die bepaling verzet. Het hof overweegt daarover het volgende:

⁴⁶ In dit verband moet meteen worden gewezen op het belang van het beginsel van het gezag van gewijsde, zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsordes. Het Hof heeft immers reeds gepreciseerd dat het, om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, van belang is dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of na afloop van de voor het instellen van deze beroepen vastgestelde termijnen, niet meer opnieuw in geding kunnen worden gebracht (zie met name arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punten 35 en 36).
47 Daarmee heeft het Hof erkend dat de bescherming van de consument niet absoluut is. In het bijzonder heeft het geoordeeld dat het recht van de Unie een nationale rechter niet gebiedt nationale procesregels die een beslissing gezag van gewijsde verlenen, buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van een bepaling van richtlijn 93/13 – van welke aard ook – kunnen worden opgeheven (zie in die zin arresten van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 37, en 21 december 2016, *Gutiérrez Naranjo* e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 68), tenzij die rechter daar overeenkomstig het nationale recht toe bevoegd is in geval van schending van nationale voorschriften van openbare orde (zie in die zin arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 53).

48 Voorts heeft het Hof reeds gepreciseerd dat volgens het Unierecht het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming van de consument geen betrekking heeft op een recht op rechtspraak in twee instanties, maar het voldoende is dat sprake is van toegang tot één enkele rechter (zie in die zin arrest van 17 juli 2014, Sánchez Morcillo en Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een nationale regel als die welke is neergelegd in artikel 207 LEC, die de nationale rechter verbiedt nogmaals ambtshalve te onderzoeken of de bedingen in een consumentenovereenkomst oneerlijk zijn wanneer over de rechtmatigheid van alle in de overeenkomst vervatte bedingen in het licht van die richtlijn reeds uitspraak is gedaan bij een beslissing die gezag van gewijsde heeft. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval is.

50 Blijkens de verwijzingsbeslissing verbiedt de in artikel 207 LEC neergelegde procesregel betreffende het gezag van gewijsde de nationale rechter in het onderhavige geval echter niet alleen de bedingen van een overeenkomst over de rechtmatigheid daarvan in het licht van richtlijn 93/13 al uitspraak is gedaan bij een onherroepelijke beslissing, opnieuw aan die richtlijn te toetsen, maar ook te beoordelen of de andere bedingen van dezelfde overeenkomst eventueel oneerlijk zijn.

51 Uit de beginselen die in de punten 40 tot en met 43 van het onderhavige arrest in herinnering zijn gebracht, volgt evenwel dat de in het nationale recht geldende voorwaarden waaraan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 refereert, het recht dat de consumenten aan die bepaling ontlenen om niet te worden gebonden door een beding dat als oneerlijk wordt beschouwd, niet in de kern mogen aantasten (arrest van 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 71).

52 Wanneer de nationale rechter bij een eerder onderzoek van een omstrede overeenkomst, dat heeft geleid tot een beslissing die gezag van gewijsde heeft, slechts één beding of bepaalde bedingen van die overeenkomst ambtshalve heeft getoetst aan richtlijn 93/13, gebiedt die richtlijn een nationale rechter als die waarover het gaat in het hoofdgeding, die door de consument volgens de regels is aangezocht middels een procedure van bijzonder incidenteel verzet, bijgevolg op verzoek van de partijen of ambtshalve ook te onderzoeken of de andere bedingen van de overeenkomst eventueel oneerlijk zijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Bij gebreke van een dergelijk onderzoek is de bescherming die de consument wordt geboden, immers onvolledig en ontoereikend en vormt zij geen geschikt en doeltreffend middel om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, hetgeen in strijd is met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 (zie in die zin arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 60).

53 Aangezien het dossier in het bezit van het Hof geen nadere informatie dienaangaande bevat, is het in casu de taak van de verwijzende rechter om na te gaan of in de beschikking van 12 juni 2013, die gezag van gewijsde heeft, alle bedingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst aan richtlijn 93/13 zijn getoetst dan wel enkel beding 6 daarvan.

Evenals in vorige uitspraken is de redenering dat het effectiviteitsbeginsel zich in beginsel niet verzet tegen nationale wetsbepalingen die gezag van gewijsde toekennen aan rechterlijke beslissingen, hoewel als gevolg daarvan de handhaving van door het Unierecht beschermde rechten wordt beperkt. Maar er zijn uitzonderingen, die op het effectiviteitsbeginsel of op het gelijkwaardigheidsbeginsel kunnen worden gebaseerd. Een overzicht daarvan heb ik gegeven in een vorige annotatie in dit tijdschrift.³ In deze uitspraak wordt daaraan toegevoegd dat het gezag van gewijsde van een beslissing waarin de oneerlijkheid van een beding of bepaalde bedingen is onderzocht, belet dat dezelfde bedingen opnieuw worden getoetst. Maar dat beletsel geldt niet voor andere bedingen die deel uitmaken

van de overeenkomst die in de eerdere rechtszaak aan de rechter was voorgelegd. Het criterium is of ook over de rechtmatigheid van de andere bedingen ‘reeds uitspraak is gedaan bij een beslissing die gezag van gewijsde heeft’ (punt 49), dan wel of de rechter die bedingen ‘bij een eerder onderzoek van een omstrede overeenkomst, dat heeft geleid tot een beslissing die gezag van gewijsde heeft [...] ambtshalve heeft getoetst aan richtlijn 93/13’. Deze beslissing komt er, dunkt mij, op neer dat ondanks het gezag van gewijsde van de eerdere uitspraak de latere rechter die bedingen moet onderzoeken waarvan niet uit de eerdere uitspraak blijkt dat zij reeds op oneerlijkheid zijn getoetst. Dat onderzoek zal de rechter, zoals gebruikelijk bij de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG, moeten doen hetzij op verzoek van een partij, hetzij ambtshalve, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk of rechtens, beschikt (punt 54 in fine).

Deze beslissing vormt opnieuw een inbreuk op de nationale procedurele autonomie, voor zover deze de regeling van het gezag van gewijsde betreft. In Nederland, maar ook in Duitsland en Spanje, geldt immers dat het gezag van gewijsde ook betrekking heeft op vorderingen en verweren die in de eerdere procedure hadden kunnen worden ingesteld c.q. aangevoerd, voor zover het alsnog daarmee rekening houden zou leiden tot een oordeel dat zich niet verdraagt met het in de eerdere procedure gegeven oordeel.⁴ De beslissing van het hof houdt met name verband met de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden; indien men die verplichting aanvaardt, kan de vraag of in rechte een beroep op de oneerlijkheid van een beding had kunnen worden gedaan geen beslissend criterium meer zijn voor de vraag of aan de uitspraak gezag van gewijsde toekomt waar het de oneerlijkheid van niet getoetste bedingen betreft.

5 Toetsing van oneerlijke bedingen. Zes beslissingen

Over de materieelrechtelijke toetsingsvragen die in deze casus aan de orde zijn, geeft het hof een aantal beslissingen.

a Omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst. De vijfde vraag van de verwijzende rechter luidt of voor de toepassing van artikel 4 van Richtlijn 93/13/EEG⁵ rekening kan worden gehouden met omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan, wanneer het onderzoek van de nationale wetgeving daar aanleiding toe geeft. Het hof acht de vraag niet-ontvan-

3 HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz*), AA20160286, m.nt. A.S. Hartkamp, sub 3-5.

4 A.C. van Schaick, *Asser Procesrecht 2*, 2011/147. De Duitse en Spaanse wetgevingen zijn minstens even streng; zie voor Spanje en Duitsland mijn noten onder *Duarte* (AA20150222) en *Klausner Holz* (AA20160286).

5 Art. 4. 1. 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. 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.

kelijk, omdat de verwijzingsbeslissing niet vermeldt over welke latere omstandigheden het gaat (punt 56). Dat is begrijpelijk, maar in het algemeen is het antwoord wel duidelijk. Blijkens artikel 4 lid 1 van de richtlijn moet rekening worden gehouden met ‘omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst’. Dat is typisch voor een grond van nietigheid of vernietigbaarheid van een beding, die immers naar haar aard betrekking heeft op omstandigheden die zich voordoen vóór of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Maar de inhoudstoetsing kan heel wel betrekking hebben op rechtsgevolgen die in de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen. Dit zal zelfs vaak het geval zijn; men denke aan een exoneration voor fouten bij het uitvoeren van de verbintenis, aan het beding dat bepaalde gebeurtenissen tot overmacht bestempelt, of aan een beding dat aan een bepaalde gedraging van de wederpartij verval van rechten verbindt. Dat deze gedraging of een andere gebeurtenis na het sluiten van de overeenkomst plaatsgrijpt, neemt immers niet weg dat de overeenkomst daaromtrent bedingen bevat die op hun redelijkheid kunnen worden getoetst.⁶

b Toetsingscriteria. De vierde vraag stelt in het algemeen aan de orde waarop de nationale rechter moet letten bij de beoordeling van de ongeldigheid van een beding. Het hof antwoordt met een verwijzing naar eerdere rechtspraak waarin de criteria zijn geformuleerd. Het is nuttig deze samenvatting te citeren:

‘57 Aangaande de andere aspecten die in de vierde en de vijfde vraag aan de orde worden gesteld, moet in de eerste plaats worden gepreciseerd dat volgens vaste rechtspraak de bevoegdheid van het Hof dienaangaande betrekking heeft op de uitlegging van het begrip “oneerlijk beding” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13⁷ en in de bijlage daarbij, alsook op de criteria die de nationale rechter kan of moet toepassen wanneer hij een contractueel beding toetst aan die richtlijn, met dien verstande dat het aan die rechter staat om, rekening houdend met die criteria, zich in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval uit te spreken over de concrete kwalificatie van een bepaald contractueel beding. Daaruit volgt dat het Hof zich in zijn antwoord dient te beperken tot het verschaffen van aanwijzingen waarmee de verwijzende rechter geacht wordt rekening te houden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 Daarnaast moet erop worden gewezen dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 met een verwijzing naar de begrippen “goede trouw” en “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument, slechts in abstracto de factoren omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 Om te bepalen of een beding een “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt ten nadele van de consument, 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 beoordelen of, en in voorkomend geval in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie brengt dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. Daarbij is het ook relevant om na te gaan in welke juridische situatie de consument verkeert, gelet op de middelen waarover hij volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 68).

60 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 93/13,⁸ de nationale rechter dient na te gaan of de verkoper, door 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 (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 69).

61 Bovendien moeten overeenkomstig artikel 4, lid 1, van die richtlijn bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op het moment waarop zij is gesloten in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop zij betrekking heeft (arresten van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punt 39, en 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, punt 42). Hieruit volgt dat in dit verband ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 In de tweede plaats moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 bedingen die betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten – welke bedingen binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen – alleen dan niet worden beoordeeld op hun eventuele oneerlijke karakter wanneer de bevoegde nationale rechter op basis van een per geval te verrichten onderzoek van oordeel is dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (zie in die zin arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 41, en 9 juli 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, punt 50).

63 Het staat aan de verwijzende rechter om in het licht van die overwegingen te beoordelen of de bedingen waarom het in de vierde en de vijfde vraag gaat, oneerlijk zijn.’

c Kernbedingen. Aan hetgeen in het Nederlandse BW (art. 6:231 sub a) wordt genoemd ‘bedingen die de kern van de prestaties aangeven’⁹ wijdt het hof een interessante overweging. Volgens artikel 4 lid 2 van de richtlijn, geciteerd in noot 2, heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen ‘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’. In punt 62 overweegt het hof het volgende:

‘62 In de tweede plaats moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 bedingen die betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te

6 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/487.

7 Art. 3. 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.

8 Zestiende overweging: ‘Overwegende dat de beoordeling, aan de hand van de vastgestelde algemene criteria, van het oneerlijke karakter van bedingen, met name met betrekking tot beroepsactiviteiten met een openbaar karakter

betreffende collectieve diensten waarbij een solidariteit tussen de gebruikers wordt vooropgesteld, moet worden aangevuld met een middel voor de afweging van de onderscheidene belangen die in het geding zijn; dat dit de goede trouw is; dat er bij de beoordeling van de goede trouw in het bijzonder moet worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming met het beding te betuigen en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd; dat de verkoper aan de

eis van goede trouw kan voldoen door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen.’

9 Een terminologie die men trouwens bij het Hof van Justitie terugvindt; zie HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (Kásler / Jelzálogbank) en HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13 (Matei / Volksbank Romania), punt 54, kennelijk teruggrijpend op de aan het Nederlandse recht gewijde overweging in HvJ EU 3 juni 2010, C-484/08 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios), punt 38.

verrichten diensten – welke bedingen binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen – alleen dan niet worden beoordeeld op hun eventuele oneerlijke karakter wanneer de bevoegde nationale rechter op basis van een per geval te verrichten onderzoek van oordeel is dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (zie in die zin arresten van 30 april 2014, *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 41, en 9 juli 2015, *Bucura*, C-348/14, EU:C:2015:447, punt 50).⁷

De hoofdregel van artikel 4 richtlijn is dat bedingen kunnen worden getoetst op onredelijkheid. Voor kernbedingen wordt een uitzondering gemaakt. Volgens vaste rechtspraak van het hof worden uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd, waarbij ervoor gewaakt moet worden dat de bepaling haar nuttige werking verliest.¹⁰ Blijkens de suggestieve woorden ‘alleen dan niet’, die het gewicht van het transparantiebeginsel benadrukken, wordt het bereik van de uitzondering sterk beperkt. Dat is in overeenstemming met recente rechtspraak waarin het belang van duidelijkheid en transparantie van de formulering van bedingen wordt beklemtoond.¹¹ Onduidelijk geformuleerde bedingen zijn nimmer van toetsing uitgesloten.

Het lijkt mij verstandig om bij de uitleg van uitzonderingsbepalingen geen algemeen criterium te hanteren. Bij uitleg komt het altijd (mede) aan op de strekking van de norm. De strekking bepaalt hoe ruim of beperkt een uitzondering moet worden uitgelegd.¹² Het hof doet in dit arrest geen algemene uitspraak, maar gebruikt de laatste zinsnede van de uitzondering (‘voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd’) om, gelet op de strekking van de bescherming tegen oneerlijke bedingen, het beperkte bereik van de uitzondering flink aan te zetten.

d *Transparantie*. Hoe belangrijk het transparantiebeginsel is, blijkt uit de beslissing naar aanleiding van beding 3 van de overeenkomst betreffende de berekening van de gewone rente. Niet alleen onttrekt een onduidelijke formulering (waaronder is begrepen een formulering die niet duidelijk maakt wat de rechtsgevolgen van een beding zijn) een beding dat anders een kernbeding zou zijn aan het bereik van artikel 4 lid 2, maar ook is zij een aanwijzing voor de oneerlijkheid van een beding. Het hof overweegt:

⁶⁴ Aangaande ten eerste beding 3 van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, dat ziet op de berekening van de gewone rente, heeft de verwijzende rechter benadrukt dat het weliswaar binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 valt, maar niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd in de zin van die bepaling. Zoals de advocaat-generaal heeft uiteengezet in punt 61 van zijn conclusie, is het bijgevolg de taak van de verwijzende rechter om te onderzoeken of dat beding oneerlijk is en, in het bijzonder, of het een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen veroorzaakt ten nadele van de betrokken consument, rekening houdend met hetgeen is overwogen in de punten 58 tot en met 61 van het onderhavige arrest.

⁶⁵ De verwijzende rechter zal met name de in dat beding vastgelegde wijze van berekening van de gewone rente en het concrete rentebedrag dat daaruit resul-

teert, moeten vergelijken met de berekeningsmethoden die in de regel worden gebruikt, de wettelijke rente en de rentevoeten die ten tijde van de sluiting van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst op de markt werden gehanteerd voor leningen voor een bedrag en een looptijd overeenkomende met die van de betrokken leningsovereenkomst. In het bijzonder zal hij moeten onderzoeken of dat beding 3 oneerlijk is doordat de gewone rente wordt berekend op basis van een jaar van 360 dagen in plaats van een kalenderjaar van 365 dagen.⁷

e *Vervroegde opeisbaarheid: wezenlijke tekortkoming vereist?* In nr. 2 hierboven werd vermeld dat de bank de lening vervroegd heeft opgezegd. Bij het onderzoek naar de onredelijkheid van het beding dat de bevoegdheid geeft tot vervroegde opzegging moet de verwijzende rechter in het bijzonder aandacht besteden aan de ernst van de tekortkoming. Het hof herhaalt hier een overweging (punt 73) uit het arrest *Aziz*:

⁶⁶ Wat ten tweede beding 6 bis van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst betreft, dat ziet op vervroegde opeisbaarheid wanneer de schuldenaar gedurende een beperkte periode zijn verplichtingen verzuimt, staat het aan de verwijzende rechter om met name na te gaan of aan de mogelijkheid voor de kredietverstrekker om de gehele lening opeisbaar te verklaren de voorwaarde is verbonden dat de consument een hoofdverplichting in het kader van de desbetreffende contractuele relatie niet nakomt, of deze mogelijkheid is bedoeld voor gevallen waarin die niet-nakoming voldoende ernstig is gelet op de looptijd en het bedrag van de lening, of deze mogelijkheid, bij gebreke van specifieke contractuele bepalingen, afwijkt van de ter zake toepasselijke regels van gemeen recht en of het nationale recht de aan een dergelijk beding gebonden consument geschikte en doeltreffende middelen aanreikt om de gevolgen van de opeisbaarheid van de lening ongedaan te maken.⁷

f *Niet van belang of de gebruiker het oneerlijke beding heeft toegepast*. Ten slotte is het volgende vermeldenswaard. In het Spaanse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is bepaald dat de schuldeiser pas betaling mag eisen indien ten minste drie maandelijke termijnen opeisbaar zijn geworden (zie punt 13 van het arrest). In beding 6 bis van de overeenkomst is bepaald dat de schuldeiser dat recht heeft zodra de schuldenaar met de betaling van enig verschuldigd bedrag in gebreke blijft. Dit beding valt binnen de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke bedingen, zodat de nationale rechter ambtshalve moet toetsen of het oneerlijk is (punt 70). Maar de bank heeft het beding niet toegepast en pas na zeven termijnen het beding ingeroepen en de lening opeisbaar verklaard. Moet, aldus de zevende vraag, de rechter het beding niettemin toetsen en, indien het onredelijk wordt bevonden, nietig verklaren? Het antwoord van het hof is zoals te verwachten bevestigend, waarbij het terug grijpt op de rechtspraak dat een rechter een oneerlijk beding integraal buiten toepassing moet laten alsmede op het voorschrift van artikel 7 richtlijn dat de lidstaten moeten voorzien in doeltreffende en geschikte middelen om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers, hetgeen een collectieve actie omvat. Het hof vervolgt:

¹⁰ HvJ EU 26 oktober 2016, C-195/15 (*SCI Senior Home / Gemeente Wedemark*), punt 25.

¹¹ Zie o.a. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11 (*RWE Vertrieb*) en HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*), punt 75: de woorden ‘voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd’ vereisen dat het betrokken beding voor de consument

niet alleen grammaticaal duidelijk en begrijpelijk moet zijn, maar ook dat ‘de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.

¹² Zie J.P. Fockema Andreea, in *Vier opstellen geschreven voor S.J. Fockema Andreea*, 1914,

p. 29 e.v.; conclusie voor HR 19 november 1993 *NJ* 1994/259; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/376 onder h. Het oude adagium voor uitleg dat uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd (*exceptio strictissimae interpretationis est*) mag niet als algemene regel worden opgevat.

⁷³ Teneinde de afschrikkende werking van artikel 7 van richtlijn 93/13 te waarborgen, kunnen de bevoegdheden van de nationale rechter die vaststelt dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, dus niet afhangen van de vraag of dat beding al dan niet concreet wordt toegepast. Zo heeft het Hof al geoordeeld dat richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer de nationale rechter heeft geconstateerd dat een beding in een consumentenovereenkomst "oneerlijk" is in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, het feit dat dat beding niet tot uitvoering is gebracht op zichzelf de nationale rechter niet kan verhinderen alle passende consequenties aan dat oneerlijke karakter te verbinden (zie in die zin beschikking van 11 juni 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, niet gepubliceerd, EU:C:2015:397, punten 50 en 54).

⁷⁴ Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft uiteengezet, kan in casu het feit dat de kredietverstrekker zich in de praktijk heeft gehouden aan de voorschriften van artikel 693, lid 2, LEC en de hypothecaire executieprocedure pas heeft gestart nadat zeven maandelijkse termijnen onbetaald waren gebleven – en niet, zoals bepaald in beding 6 bis van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, bij in gebreke blijven met de betaling van een willekeurig verschuldigd bedrag – de nationale rechter dan ook niet ontheffen van de verplichting alle passende gevolgen te verbinden aan het eventuele oneerlijke karakter van dat beding.

6 Slotopmerkingen

Van de richtlijnen over het algemene vermogensrecht geeft de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen tot veruit de meeste jurisprudentie aanleiding. Deze rechtspraak heeft twee aspecten.

Het eerste aspect betreft de uitleg van de richtlijnbeoordelingen. Artikel 3: naar welke maatstaven moet worden beoordeeld of een beding oneerlijk is? Artikel 4: wanneer is een beding een kernbeding? Welke eisen stelt het transparantiebeginsel in dit verband? Artikel 6: wat betekent de regel dat een oneerlijk beding de consument niet bindt, voor begrippen als partiële nietigheid en conversie van een oneerlijk beding? Kan een leemte in de overeenkomst worden aangevuld met behulp van het regelend recht of de redelijkheid en billijkheid? De uitleg van deze centrale bepalingen leidt tot rechtsvormende rechtspraak op het gebied van het algemene (consumenten)contractenrecht.¹³

Het tweede aspect betreft de invloed van de richtlijn op het procesrecht van de lidstaten, waarbij door de hantering van het effectiviteitsbeginsel de processuele autonomie in verschillende graden van intensiteit wordt beperkt. Het effectiviteitsbeginsel speelt een 'aanvullende' rol bij de uitleg van de richtlijn, in het bijzonder bij de ontwikkeling van de verplichting tot ambtshalve toepassing, een regel die men niet kan lezen in de tekst of de considerans,

maar die naar het oordeel van het hof uit de beschermende strekking van de richtlijn voortvloeit. Dit heeft geleid tot gedetailleerde rechtspraak over de omvang van de verplichting (geldt zij alleen voor rechtsbeslissingen of omvat zij ook een verplichting tot feitelijke instructie van een zaak?) en over de wijze waarop zij tot gelding moet komen in verschillende soorten procedures (alleen in de procedure in eerste instantie of ook in hoger beroep? Ook in bijzondere procedures zoals een betalingsbevel, hypothecaire uitwinning of een insolventieprocedure?).

Het beginsel werkt 'derogierend' waar het leidt tot beslissingen over de strijdigheid van nationale wetgeving met de richtlijn. Het betreft situaties waarin de richtlijn haar toepassing doorzet in situaties waarin de nationale procedureregels daartegen een belemmering opwerpen. Men vindt deze heel duidelijk (maar niet alleen) in de 'Spaanse' procedures. Verdraagt een verzetsprocedure, gericht tegen hypothecaire uitwinning, zich met de richtlijn als daarin geen mogelijkheid bestaat dat de rechter een beding in de kredietovereenkomst op oneerlijkheid toetst? Of wanneer de debiteur geen hoger beroep kan instellen tegen een afwijzende beslissing op een verzoek om schorsing van de uitwinning, maar de bank wel tegen een toewijzende beslissing? Of waarin een termijn te kort is of gaat lopen voordat zeker is dat de debiteur dat weet?

Het is te verwachten dat de opmerkelijke ontwikkelingen van de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen zich nog zullen voortzetten. Zij worden veroorzaakt door de algemene strekking van haar onderwerp (het hele contractenrecht) in verband met het effectiviteitsbeginsel, dat botsingen met het gehele nationale recht teweeg kan brengen. Het Hof van Justitie zet hier hoog in, naar mijn oordeel terecht, omdat een ongebreidelde toepassing van algemene voorwaarden in feite de belangrijkste beperking van de contractsvrijheid van consumenten oplevert die er bestaat. Een nieuw element in dit actieve rechterlijke optreden is dat het hof in enkele recente arresten de afweging mede in het licht plaatst van bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, namelijk artikel 7 (eerbiediging van de woning), artikel 38 (hoog niveau van consumentenbescherming) en artikel 47 (recht op effectieve rechtsbescherming).¹⁴ Waartoe dat concreet zal leiden zullen nieuwe uitspraken moeten uitwijzen. ■

¹³ Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/249 e.v. Uitvoeriger H.-W. Micklitz, 'Unfair terms in consumer contracts', in: N. Reich e.a. (red.), *European Consumer*

Law, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 125 e.v.; H.-W. Micklitz & N. Reich, 'The court and sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms

directive', *CMLR* (51) 2014, p. 771 e.v. ¹⁴ HvJ EU 10 september 2014, C-34/13 (*Kušionová / Smart Capital*).