

# Actualia

## contractspraktijk

### Oneerlijkheid aan banden: Luxemburg spreekt zich uit vóór consumenten

Mr. dr. T.H.M. van Wechem en mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

#### 1. Inleiding

De Europese Unie (EU) heeft consumentenbescherming hoog in het vaandel staan. De EU heeft een ware vloed aan consumentenbeschermende instrumenten over de lidstaten uitgestort.<sup>1</sup> Onmiskenbaar is het beschermingsniveau voor consumenten omhoog geschoten. In haar recente jurisprudentie heeft het HvJEU zich van haar consumentvriendelijke kant getoond.

De Nederlandse rechters hebben de Europese rechtspraak over consumentenbescherming omarmd en zijn vlijtig aan de slag gegaan met de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen. De Rechtspraak heeft in februari 2010 een rapport met de titel 'Ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht' het licht doen zien.<sup>2</sup>

#### 2. Richtlijn oneerlijke bedingen en rechtspraak HvJEU

Op 5 april 1993 nam de Europese Raad Richtlijn 1993/13 (de Richtlijn) aan.<sup>3</sup> Deze Richtlijn diende uiterlijk 31 december 1994 te zijn geïmplementeerd door de lidstaten.<sup>4,5</sup> De Richtlijn bevat als bijlage een indicatieve, niet-uitputtende<sup>6</sup> lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.<sup>7</sup>

In het Océano-arrest<sup>8</sup> oordeelde het HvJEU<sup>9</sup> dat de nationale rechter ambtshalve kan toetsen of een aan hem voorgesteld beding oneerlijk is. Dit speelt met name in zaken die (in Nederland) door de sector kanton van de rechtbanken worden behandeld, omdat in dergelijke zaken de gedaagde<sup>10</sup> veelal in persoon verweer voert en in zijn verweer niet alle juridische spitsvondigheden aanvoert die

60

\* Mr. dr. T.H.M. van Wechem is verbonden aan Baker & McKenzie advocaten, notarissen en belastingadviseurs, redacteur van dit blad en directeur van Law@Work B.V. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is als advocaat werkzaam bij La Gro Advocaten te Alphen aan den Rijn.

1. Zonder volledigheid na te streven, noemen wij de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen en de DBC-verordening.  
2. Gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl> op 19 maart 2010: <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/9CCAF545-F183-499D-9F73-DF2F0104AA15/0/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing\_17210.pdf>.

3. Richtlijn 1993/13 van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 1993, L95/29.

4. Art. 10 Richtlijn.

5. C.M.D.S. Pavillon schrijft uitvoerig over de Richtlijn in: De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik, VvA 2006/2, p. 25-70.

6. Art. 3 lid 3 Richtlijn.

7. Nederland heeft ten aanzien van de indicatieve lijst bepaald dat het arbitragebeding in de regel niet oneerlijk – of in BW-taal: niet onredelijk bezwarend – is.

8. HvJEG 27 juni 2000, NJ 2000, 730.

9. Wij hanteren in de hoofdttekst consequent de per 1 december 2009 gangbare naam.

10. Enigszins generaliserend gesteld zijn de gedaagden in kantonzaken vaak juridische leken.

een juridische rechtsbijstandverlener zou (kunnen) aanvoeren.<sup>11</sup>

Later is het HvJEU zich scherper gaan opstellen. Waar de rechter blijkens Océano nog ‘kon’ toetsen, werd dit ‘kunnen’ in de arresten Cofidis<sup>12</sup> en Mostaza Claro<sup>13</sup> ‘moeten’. De vraag die door de jurisprudentie over de Richtlijn in het leven werd geroepen, was (a) of de Richtlijn recht van openbare orde was en (b) of alleen recht van openbare orde ambtshalve mag worden toegepast, dan wel of ook ander dwingend recht ambtshalve mag worden toegepast.

Met name Hartkamp en Snijders voerden een levendige discussie in de WPNR over de duiding van de rechtspraak over de Richtlijn.<sup>14</sup> Hartkamp meent in zijn bijdragen (onder meer) dat iedere bepaling die tot absolute nietigheid leidt, ambtshalve getoetst moet worden. Het gaat daarbij niet aan, volgens Hartkamp, of de bepaling van openbare orde is of niet. Hartkamp verwijst daartoe naar de totstandkominggeschiedenis van titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (BW) (arbeidsovereenkomst) en Duits en Frans recht. Snijders meent dat de ambtshalve toetsing van bepalingen beperkt is tot bepalingen van openbare orde en dat regels ook eenzijdig van openbare orde kunnen zijn. Hartkamp meent voorts dat de Océano-jurisprudentie ten aanzien van de Richtlijn een specifieke grondslag voor de ambtshalve toetsing aan artikel 6 van de Richtlijn biedt en dat niet geconcludeerd kan worden dat artikel 6 van de Richtlijn als bepaling van openbare orde moet worden beschouwd. Zoals hierna zal worden toegelicht, beëindigt het Asturcom-arrest deze discussie door te bepalen dat artikel 6 van de Richtlijn met recht van openbare orde gelijk moet worden gesteld. Snijders zag in het Asturcom-arrest aanleiding zijn mening bij te stellen. Hartkamp lijkt zich hier bij aan te sluiten.<sup>15</sup>

De vraag die met name gesteld werd, is hoe de eis van het HvJEU dat de nationale rechters bepalingen in een overeenkomst ambtshalve dienen te toetsen, in het Nederlandse wettelijke systeem kan worden ingepast. Het leek het meest voor de hand te liggen dat de toetsing plaatsvindt aan hand van artikel 6:233 sub a BW. Dit artikel staat immers in de titel over algemene voorwaarden en bepaalt dat voorwaarden vernietigbaar zijn, indien zij onredelijk bezwarend zijn. Het artikel biedt niet de *hard core* vernietiging van artikel 6:236 BW, noch het bewijsvermoeden

van artikel 6:237 BW. Op artikel 6:233 sub a BW is de bewijsrechtelijke hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van toepassing. Degene die zich op vernietiging van een voorwaarde wil beroepen, dient de onredelijke bezwarendheid van die voorwaarde te stellen en bij betwisting te bewijzen.

Onzes inziens is terecht opgemerkt dat artikel 6:233 sub a BW slechts kan worden toegepast indien de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden een beroep doet op de vernietiging van de onredelijk bezwarende voorwaarde. De rechter kan artikel 6:233 sub a BW niet ambtshalve toepassen. Hartkamp heeft geopperd dat de ambtshalve toetsing langs artikel 3:40 lid 2 BW kan plaatsvinden. Snijders heeft zich bij dit standpunt aangesloten. Artikel 3:40 lid 2 BW kan – anders dan artikel 6:233 BW – wel ambtshalve worden toegepast. Het risico van artikel 3:40 lid 2 BW bestaat er volgens Hartkamp in dat artikel 3:40 lid 2 BW een beroep door de gebruiker van de algemene voorwaarden op het artikel niet uitsluit. Snijders meent dat artikel 3:40 lid 2 BW ook een beroep door uitsluitend de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden toestaat en dat langs artikel 3:40 lid 2 BW de rechtspraak van het HvJEU kan worden toegepast.

### 3. Hoe absoluut is de Richtlijn? Cofidis en Asturcom

In Cofidis oordeelde het HvJEU zelfs dat artikelen 6 en 7 van de Richtlijn aan het hanteren van vervalregels van nationaal recht in de weg staan.<sup>16</sup>

Hoewel het Pannon-arrest<sup>17</sup> wordt beschouwd als het arrest dat iedere onduidelijkheid op het punt van ambtshalve toetsing heeft weggenomen is daar ook een relativering in te vinden. De rechter hoeft namelijk de nietigheid van een bepaling niet uit te spreken als de consument zich tegen de nietigheid verzet.

In zijn op dit punt nogal cryptische arrest Asturcom/Rodríguez Nogueira<sup>18</sup> lijkt het HvJEU de in Cofidis heet opgediende soep wat af te koelen.<sup>19</sup>

‘Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat Richtlijn 93/13 aldus dient te worden uitgelegd, dat een nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve dient te onderzoeken, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt, of het arbitragebeding dat in een tussen de verkoper en de consument gesloten overeenkomst is opgenomen, oneerlijk is, voor zover hij een dergelijke beoordeling volgens de

11. Waarmee niet is gezegd dat de rechtsbijstandverleners het allemaal wel goed doen. Er bestaat nogal eens wat ongemak onder juristen bij het toepassen van regelgeving van Brusselse origine, zoals ook Pavillon (t.a.p.) signaleert. Het HvJEU maakt geen onderscheid: ook als bijstand van een advocaat is genoten, moet de rechter ambtshalve toetsen. HvJEG 4 oktober 2007, C-429/05 (Rampion).

12. HvJEG 21 november 2002, NJ 2003, 703 m.nt. MRM (Cofidis).

13. HvJEG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro).

14. H.J. Snijders, Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt, WPNR 2008/6761, p. 541-552; A.S. Hartkamp, Reactie: Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, WPNR 2008/6779, p. 977-981; H.J. Snijders, Naschrift, WPNR 2008/6779, p. 981-982; A.S. Hartkamp, Privaatrecht actueel: Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, WPNR 2009/6813, p. 773-774; H.J. Snijders, Reactie: Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), WPNR 2009/6823, p. 998-1002.

15. Rapport werkgroep LOVCK, p. 7, m.n. voetnoot 16.

16. HvJEG 21 november 2002, NJ 2003, 703 m.nt. MRM (Cofidis), r.o. 34-36.

17. HvJEG 4 juni 2009, NJ 2009, 395 m.nt. MRM (Pannon).

18. HvJEG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11 m.nt. MRM (Asturcom/Rodríguez Nogueira).

19. Ibid., r.o. 59.

*nationale procesregels in het kader van soortgelijke nationale vorderingen kan verrichten.*<sup>20</sup>

Uit deze overweging lijkt voort te vloeien dat indien nationale vorderingen volgens de procesregels zijn vervallen of verjaard, dit verval of deze verjaring ook van toepassing is op communautaire vorderingen. Dit is in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJEU over de samenwerking tussen communautaire regelgeving en nationaal procesrecht.<sup>21</sup>

Opmerkelijk is dat het HvJEU in het Asturcom-arrest heeft bepaald dat de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn niet regels van openbare orde zijn, zoals die bestaan naar het nationale recht van de lidstaten, maar dat zij daarmee op gelijke voet moeten worden gesteld. De regels die naar nationaal recht op regels van openbare orde moeten worden toegepast, moeten ook worden toegepast op de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn.

## 4. Meer consumentenbescherming: keukenleed, colportage en koop op afstand

Ook buiten de Richtlijn moeten consumentenbeschermingsbepalingen ambtshalve worden toegepast. Een eerste voorbeeld vormt het *Quelle*-arrest<sup>22</sup>. Dit arrest werd gewezen naar aanleiding van de Richtlijn inzake de verkoop van en garanties over consumptiegoederen. Deze richtlijn bepaalt – kort gezegd en voor het arrest van belang – dat de consument die een zaak koopt die niet voldoet, deze zaak kosteloos kan laten repareren of vervangen.

In de *Quelle*-zaak werd aan de consument een keuken geleverd, waarvan een onderdeel niet voldeed. De keukenleverancier verving de zaak weliswaar kosteloos, maar berekende voor het gebruik van het foutieve onderdeel van de keuken een gebruiksvergoeding van enkele tientjes. De consument weigerde deze vergoeding te betalen en de zaak vond uiteindelijk zijn (prejudiciële) weg naar Luxemburg.<sup>23</sup>

Het HvJEU oordeelde dat artikel 3 van genoemde richtlijn zich verzet tegen het berekenen van een gebruiksvergoe-

ding. Het HvJEU meende ook dat deze richtlijn ambtshalve door de nationale rechter moet worden toegepast in lijn met de Océano-jurisprudentie.

Ook in de zaak *Krüger*<sup>24</sup> werd het Europese consumentenrecht ambtshalve toegepast. Het ging in deze zaak specifiek om de Richtlijn koop op afstand.<sup>25</sup> Een Duitse dame kocht op afstand een tweedehands laptop. Na acht maanden beriep de consument zich terecht op haar annuleringsrecht. Evenwel werd de vraag gesteld, of de leverancier recht had op een gebruiksvergoeding. Het HvJEU oordeelde dat artikel 6 van de genoemde richtlijn zich wel verzet tegen een wettelijke regeling die in zijn algemeenheid recht geeft op een gebruiksvergoeding, maar niet tegen de verplichting tot het betalen van een vergoeding in een concreet geval, als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Dit kan aan de orde zijn bij gebruik in strijd met de goede trouw of op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Een dergelijke vergoeding is uitsluitend toegestaan als de doeltreffendheid en effectiviteit van de genoemde richtlijn niet in het gedrang komen.

In zijn arrest van 17 december 2009 inzake *Martin Martin/EDP*<sup>26</sup> oordeelde het HvJEU dat ook de Colportagerichtlijn<sup>27</sup> bepalingen bevat die door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Concreet oordeelde het HvJEU in dit arrest dat de nietigheid wegens het verzaken door de colporteur van zijn voorlichtingsplicht ambtshalve moet worden getoetst.

Luxemburg geeft de consument derhalve op steeds meer terreinen vergaande bescherming door de rechters te verplichten consumentbeschermende bepalingen ambtshalve te toetsen, zodat omissies van de consument door de rechter worden geheeld.

## 5. Rapport LOVCK

In Nederland zijn de rechters met de jurisprudentie van het HvJEU aan de slag gegaan. De Nederlandse (met name lagere) rechtspraak heeft het Océano-arrest omarmd en past het veelvuldig toe.<sup>28</sup> Met name telecommatenschappen worden nogal eens door de kantonrechters op

20. Cursivering toegevoegd door de auteurs.

21. HvJEG 16 december 1976, Jur. 1976, p. 01989 (Rewe). A. Biondi, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship*, CML Review 1999/36, p. 1271-1287; M. Accetto en S. Zleptnig, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, EPL 2005/11, p. 375-403; P.J. Wattel, *National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?*, Legal Issues of Economic Integration 2008, 35(2), p. 109-132; B.J. Kiekebeld en J.A.R. van Eijnsden (red.), *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, 2009, p. 201-209.

22. HvJEG 17 april 2008, C-404/06 (Quelle).

23. Dat alles voor een zaak met een geldelijk belang van nog geen € 100 in hoofdsom.

24. HvJEG 3 september 2009, C-489/07 (Krüger).

25. Richtlijn 97/7/EG, PbEG 1997, L 144/19.

26. HvJEU 17 december 2009, C-277/08 (Martin/EDP).

27. Richtlijn 85/577/EEG.

28. Voorbeelden: Hof Arnhem 12 december 2000, NJ 2001, 622 (Meurs/Van Esch) en HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115 m.nt. HJS (Meurs/NWM).

hun vingers getikt, als de gehanteerde voorwaarden de toets aan Richtlijn 93/13 niet kunnen doorstaan.<sup>29</sup>

In februari 2010 kwam de LOVCK-werkgroep met een rapport<sup>30</sup> waarin de werkgroep aanbevelingen heeft gegeven over de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht.

De werkgroep doet de aanbeveling dat de ambtshalve toetsing plaatsvindt langs de lijn van artikel 3:40 lid 2 jo. 6:233 sub a, onderscheidenlijk artikel 6:236 of 6:237 BW of langs de lijn van artikel 6:2 of 6:248 lid 2 BW. Op de tweede optie is – zo vermeldt het rapport – de kritiek geleverd dat de toetsing van artikel 6:248 lid 2 BW een zware maatstaf is en dat deze toets niet in lijn is met de eisen die het HvJEU ten aanzien van de Richtlijn heeft geformuleerd.

Bedingen die door de gebruiker van de algemene voorwaarden expliciet worden ingeroepen, moeten door de rechter hoe dan ook worden getoetst. Indien de gebruiker van algemene voorwaarden deze impliciet inroept en dus niet vaststaat of daadwerkelijk een beroep op het beding wordt gedaan, ligt het volgens de werkgroep in de rede dat onder verwijzing naar artikel 22 Rv aan de eiser wordt gevraagd om de grondslag van de vordering aan te vullen.

Bovendien heeft de werkgroep gesteld dat het aan het beleid van de individuele rechter wordt overgelaten, of de consument de keuze wordt geboden aan te geven of hij de oneerlijke bepaling tegen zich wil laten werken, of niet. Dit kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd door een tussenvonnis te wijzen waarin de rechter aangeeft het beding oneerlijk te achten en waarin de consument wordt uitgenodigd zich over het beding uit te laten. De werkgroep stelt dat een dergelijke keuze met name van belang kan zijn ten aanzien van bedingen die tegelijkertijd zowel voordelig als nadelig (kunnen) zijn voor de consument. De werkgroep merkt op dat in de meeste gevallen de oneerlijkheid van een beding zal vaststaan en dat in een dergelijk geval aan de consument geen keuze hoeft te worden geboden.

Ten aanzien van de meest voorkomende branches waarin veelvuldig oneerlijke bedingen jegens de consument worden gehanteerd – de mobiele telefonie en de creditcardbranche – heeft de werkgroep harde, op vaste percentages gebaseerde beslissingsaanbevelingen gedaan. Deze aan-

bevelingen zullen de rechtspraak in consumentenzaken stroomlijnen en voorspelbaar en duidelijk maken.

Het is de vraag of deze aanbevelingen standhouden indien de rechter onder verwijzing naar de aanbevelingen de vooraf vastgestelde percentages hanteert.<sup>31</sup> Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad over het kennelijk onredelijk ontslag,<sup>32</sup> zal de Hoge Raad in een eventuele cassatie in een zaak over de Richtlijn verwijzen naar zijn inmiddels vaste leer dat alle omstandigheden van het geval moeten worden gewogen en dat niet te snel van vooraf geprogrammeerde percentages mag worden uitgegaan. Deze rechtspraak zou wel eens de doodsteek kunnen zijn voor de aanbevelingen.

## 6. Hoge Raad noopt niet tot ambtshalve toepassing

In zijn arrest van 23 april 2010<sup>33</sup> paste de Hoge Raad de door het HvJEU verplicht gestelde ambtshalve toetsing niet toe. In de casus die bij de Hoge Raad voorlag, ging het om een artikel in een polis van een aansprakelijkheidsverzekering dat dekking categorisch – zonder onderscheid te maken naar situaties waarin sprake is van opzet of geen opzet – uitsloot in geval van seksuele gedragingen. De verzekeringnemer had zijn echtgenote verkracht. De echtgenote is nadien in de rechten van haar echtgenoot getreden: de echtgenoot had zijn vorderingen op de verzekeraar aan haar gecedeerd.<sup>34</sup>

Naast mededingingsrechtelijke vragen speelde in het arrest – overigens niet op de voorgrond – de vraag of de rechter de desbetreffende bepaling ambtshalve had moeten toetsen op onredelijke bezwarendheid althans ambtshalve had moeten nagaan of het beroep op de bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar was.<sup>35</sup> De Hoge Raad meende dat er onvoldoende gesteld was om het hof te nopen tot een toetsing aan de normen van artikelen 6:233 sub a BW of 6:248 lid 2 BW. De advocaat-generaal meende in haar conclusie ook dat het hof niet ambtshalve hoefde te toetsen.<sup>36</sup>

Naar onze mening had een oordeel dat wel ambtshalve getoetst dient te worden, meer voor de hand gelegen. Het beding waarover de discussie gevoerd werd, leidde ertoe dat Fortis ASR de rechten van de verzekeringnemer om uitkering onder de polis te vorderen, beperkte. Bovendien

29. In de Praktijkgids en NJF staan geregeld uitspraken over dit punt. Omdat de gedaagde partij vaak een (in persoon procederende) consument is, wordt deze geanonimiseerd in de jurisprudentie. Ik verwijs naar: Ktr. Rotterdam 2 augustus 2007, Prg. 2008, 37 (David Lloyd Health & Fitness); Ktr. Eindhoven 22 mei 2008, Prg. 2008, 151 (Avans); Ktr. Maastricht 25 maart 2009, Prg. 2009, 72 (T-mobile); Ktr. Haarlem 13 mei 2009, Prg. 2009, 105 (ICS); Rb. Rotterdam 13 november 2007, NJF 2008, 119 (Orange); Ktr. Heerlen 16 juli 2008, NJF 2008, 397 (Vodafone); Ktr. Heerlen 15 oktober 2008, NJF 2009, 50 (Intrum Justitia); Hof Den Bosch 17 maart 2009, NJF 2009, 285 (arbitragebeding); Ktr. Arnhem 27 april 2009, NJF 2009, 337 (Telfort).

30. Gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl> op 19 maart 2010: <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/9CCAF545-F183-499D-9F73-DF2F0104AA15/0/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing\_17210.pdf>.

31. Kritisch op dit punt: P.E.M. Messer-Dinnissen en J.W.M. Tromp, Bestuurders van en Raad voor de rechtspraak: houd het bij raad aan de rechtspraak!, NJB 2010/20, p. 1291-1295.

32. HR 27 november 2009, LJN BJ6596 en HR 12 februari 2010, LJN BK4472.

33. HR 23 april 2010, LJN BL6024 (X/Fortis ASR).

34. Ibid., r.o. 3.1.

35. Ibid., r.o. 3.5 en 3.6.

36. HR 23 april 2010, conclusie A-G van 26 februari 2010, al. 3.20. De A-G verwees naar de arresten Pannon en Martin Martin/EDP, alsook naar de artikelen van Hartkamp en Snijders in respectievelijk WPNR 2009/6813 en WPNR 2009/6823.

strekt het artikel ertoe dat de aansprakelijkheid van Fortis ASR werd beperkt.

De advocaat-generaal merkt op dat het beding als kernbeding<sup>37</sup> moet worden beschouwd, het kadert immers de omvang van het te verzekeren recht af. De Hoge Raad liet echter op dat punt in het midden waarom het beding niet aan artikel 6:233 onder a BW getoetst kon worden. Wij wijzen erop dat de richtlijn noopt tot ambtshalve toetsing van de gehele overeenkomst en sluit toetsing in geval van kernbedingen niet uit.<sup>38</sup>

Volgens ons maakt het niet uit. Het komt ons voor dat ook de vraag of een beding als algemene voorwaarde beschouwd moet worden ambtshalve door de rechter moet worden vastgesteld. Mocht de Hoge Raad hebben gemeend dat het beding vanwege zijn inhoud niet ambtshalve getoetst hoefde te worden, dan bevreedt dat om de volgende reden.

Een dergelijk beding is onzes inziens in strijd met letter b van de blauwe lijst bij de Richtlijn en derhalve oneerlijk in de zin van de Richtlijn. Ook op grond van de zwarte lijst (art. 6:236 sub a BW) onderscheidenlijk de grijze lijst (art. 6:237 sub f BW) is de desbetreffende bepaling uit de polisvoorwaarden naar onze mening onredelijk bezwarend: het ontnemt namelijk de mogelijkheid aan de verzekeringnemer om uitkering onder de polis te vorderen als de gedraging onder de reikwijdte van de dekking zou vallen.

Als dat zo is, dan begrijpen wij niet dat de Hoge Raad hier geen punt van heeft gemaakt. Dit klemt temeer, omdat Fortis ASR een expliciet beroep op de bepaling deed. Volgens het rapport van de werkgroep LOVCK moet met name indien een expliciet beroep op een bepaling wordt gedaan door de professional naar de consument, ambtshalve worden getoetst of die bepaling niet oneerlijk c.q. niet onredelijk bezwarend is.

Het arrest van de Hoge Raad van 23 april 2010 lijkt op het punt van de toetsing van de bepaling in de polisvoorwaarden niet in lijn met de jurisprudentie van het HvJEU en dus onjuist.

## 7. Conclusie

Het consumentenrecht is volop in beweging. Vanuit Luxemburg wordt stevig sturing gegeven aan de consumentenbescherming. De nationale rechter moet ambtshalve ingeroepen bedingen toetsen op hun eerlijkheid aan hand van de Richtlijn oneerlijke bedingen. De toepassing van de Luxemburgse rechtspraak in de Nederlandse rechtspraktijk blijft een punt van aandacht. Om de toetsing nadere sturing te geven, heeft een werkgroep van rechters een rapport met aanbevelingen geschreven over de ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht. Dit rap-

port is lezenswaardig en bevat enkele zeer nuttige aanbevelingen. Of het rapport houdbaarheid heeft, valt te betwijfelen, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad over eerdere rechtershandvatten als de gehanteerde vuistregels bij kennelijk onredelijk ontslag.

37. Conclusie A-G voor HR 23 april 2010, LJN BL6024, al. 3.21. Op de vraag of de desbetreffende bepaling kan worden gekwalificeerd als kernbeding gaan wij niet in.

38. Art. 3 en 6 Richtlijn.