

Actualia

contractspraktijk

Consumentenbescherming en uitleg

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

In de vorige *Actualia* werd al stilgestaan bij het sinds 1 juli 2010 geldende artikel 6:234 Burgerlijk Wetboek (BW) over de kennisgeving van algemene voorwaarden.¹ Daar hield de wetgeving over algemene voorwaarden niet op. Op basis van een initiatiefvoorstel van Tweede Kamerleden Crone en Van Dam werd ook gewerkt aan een aanpassing van de zwarte en de grijze lijsten van de artikelen 6:236 en 6:237 BW ter bescherming van de consument. De zogeheten Wet Van Dam, die op 5 oktober 2010 door de Eerste Kamer bij hamerslag is aangenomen, wordt in deze bijdrage besproken.

Verdere consumentenbescherming is geboden door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). In zijn arrest van 9 november 2010 heeft het HvJ EU nadere duiding gegeven aan het leerstuk 'ambtshalve toepassing van EU-consumentenrecht'. Ook bij dit arrest wordt kort stilgestaan.

Deze twee onderwerpen tezamen zorgen ervoor dat de Nederlandse consument extra zekerheid komt te genieten. Het is evenwel de vraag of deze zekerheid niet voornamelijk symbolisch van aard is.

2. De Wet Van Dam: een symbool met onduidelijkheid²

Op 12 april 2006 diende Tweede Kamerlid Van Dam een initiatiefwetsvoorstel in tot wijziging van onder andere de artikelen 6:236 en 6:237 BW.³ De aanleiding van het wetsvoorstel was het feit dat veel aanbieders van abonnementsdiensten in hun overeenkomsten en algemene voorwaarden⁴ een bepaling opnamen die er in voorzag dat abonnementen automatisch en stilzwijgend worden verlengd en dat consumenten daardoor opgezaald blijven met abonnementen waar zij geen behoefte aan hebben.⁵

De indieners van het wetsvoorstel, Tweede Kamerleden Crone en Van Dam, wilden de mogelijkheden tot stilzwijgende verlenging inperken door middel van een uitbreiding van de zwarte lijst van artikel 6:236 BW en de grijze lijst van artikel 6:237 BW. In hun optiek zal het aanmerken van een beding tot stilzwijgende verlenging als onredelijk bezwarend (art. 6:236 BW) dan wel vermoedelijk onredelijk bezwarend (art. 6:237 BW) ertoe leiden dat de gebruiker dergelijke bedingen niet jegens de consument zal hanteren.⁶ De wet is niet van toepassing op verzekeringsovereenkomsten.⁷

29

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten te Alphen aan den Rijn.

1. T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, *Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht – bakens worden verzet*, *Contracteren* 2010/4, p. 145-150.

2. De integrale tekst van de wet is achter dit artikel opgenomen.

3. Kamerstukken II 2005/06, 30 520, nr. 2 (Voorstel van wet).

4. Deze termen kunnen elkaar overlappen. Ieder beding dat naar zijn aard bedoeld is om in meerdere overeenkomsten te worden toegepast voor zover zij niet duidelijk en begrijpelijk geformuleerde kernbedingen zijn, kwalificeert op grond van art. 6:231 sub a BW als algemene voorwaarde.

5. Kamerstukken II 2005/06, 30 520, nr. 3 (MvT), p. 1-2.

6. Kamerstukken II 2005/06, 30 520, nr. 3 (MvT), p. 3.

7. Kamerstukken II 2005/06, 30 520, nr. 3 (MvT), p. 1.

De Wet Van Dam is op 5 oktober 2010 bij hamerslag in de Eerste Kamer aangenomen. De Wet van Dam is op 26 november 2010 ondertekend en in het Staatsblad gepubliceerd en zal op 1 december 2011 in werking treden.⁸

2.1 Plaatsing binnen titel 6.5.3. BW

De wetgever heeft de Wet Van Dam binnen de zwarte en grijze lijst van de artikelen 6:236 en 6:237 BW gesitueerd. Dit houdt verband met de omstandigheid dat de opzegclausule veelal in een document met het opschrift 'algemene voorwaarden' zal zijn gesitueerd.

Titel 6.5.3. BW, waarvan de artikelen 6:236 en 6:237 BW onderdeel uitmaken, is van toepassing op algemene voorwaarden zoals gedefinieerd in artikel 6:231 onder a BW. Op grond van deze bepaling is ieder beding dat is opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt, een algemene voorwaarde, voor zover het beding niet een duidelijk en begrijpelijk geformuleerd kernbeding is.⁹ De stelplicht en bewijslast dat sprake is van een algemene voorwaarde – dat houdt in: het beding is opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt – rusten krachtens artikel 150 Rv op de wederpartij van de gebruiker.

Indien de gebruiker van de algemene voorwaarden de bepalingen uit het document met het opschrift 'Algemene voorwaarden' verplaatst naar de hoofdovereenkomst, is de optische schijn dat de bepalingen algemene voorwaarden zijn, verminderd. In beginsel zal het plaatsen van de bepaling in de 'hoofdovereenkomst' de consument niet de bescherming van de algemenevoorwaardenregeling ontnemen: tenminste als de betreffende opzeggingsregeling vaker door de betreffende gebruiker van de hoofdovereenkomst wordt gebruikt. De bepaling is dan immers 'gewoon' een algemene voorwaarde. In dat geval wordt van de wederpartij gevraagd dat deze aantoont dat de bepalingen in de overeenkomst bedoeld zijn in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt, zodat titel 6.5.3. BW krachtens artikel 6:231 onder a BW van toepassing is.

In de Kamerstukken is niet de mogelijkheid van toetsing door de Consumentenautoriteit aan de orde gekomen. De Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc)¹⁰ geeft de Consumentenautoriteit de bevoegdheid bestuursrechtelijk handhavend op te treden indien zij in algemene voorwaarden bepalingen aantreft die op de

zwarte lijst van artikel 6:236 BW voorkomen.¹¹ De Whc is voortgevloeid uit de EG-Verordening 2006/2004 inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming.¹² Krans en Van Wechem hebben gesteld dat de Consumentenautoriteit uitsluitend handhavend mag optreden ten aanzien van consumentenbeschermingsregels van Europese origine zoals genoemd in de bijlagen bij de Whc.¹³ Aangezien de Wet Van Dam een nationale origine heeft, kan daarmee worden betwijfeld of de Consumentenautoriteit de bevoegdheid heeft handhavend op te treden.¹⁴

2.2 Aanvulling op artikel 6:236 BW

Artikel 6:236 BW wordt door de Wet Van Dam uitgebreid met vijf nieuwe bepalingen (de letters o t/m s), terwijl de bepaling van artikel 6:236 onder j BW gereviseerd wordt.

2.2.1 Artikel 6:236 onder j BW

Artikel 6:236 onder j BW zal na de wetwijziging inhouden dat stilzwijgende verlenging onredelijk bezwarend is indien de consument de overeenkomst niet met een opzegtermijn van één maand kan opzeggen. De wetgever overweegt expliciet dat deze termijn een gelijktrekking inhoudt met de in de Telecommunicatiewet genoemde opzegtermijnen.¹⁵ De huidige bepaling die inhoudt dat overeenkomsten maximaal voor periodes van één jaar stilzwijgend kunnen worden verlengd, komt te vervallen. Artikel 6:236 onder j (nieuw) BW is niet van toepassing op dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften.

2.2.2 Artikel 6:236 onder o BW

Het nieuwe artikel 6:236 onder o BW bevat een reciprociteitsregel. Uitgangspunt van de wetgever is dat de consument een overeenkomst langs dezelfde weg moet kunnen beëindigen als deze is aangegaan. Een beding dat de bevoegdheid van de consument om de overeenkomst op dezelfde wijze te beëindigen als deze is aangegaan, uitsluit of beperkt, is onredelijk bezwarend.¹⁶ Deze bepaling is te begrijpen tegen de achtergrond dat gebruikers van algemene voorwaarden mogelijk een drempel voor opzegging willen opwerpen door voor de opzegging het gebruik van een 'zwaarder' of duurder

8. Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), Stb. 2010, 789.
9. Een bepaling in de overeenkomst inhoudende dat de wederpartij bekend is met de algemene (leverings)voorwaarden wordt in de lagere rechtspraak wel eens als algemene voorwaarde aangeduid en op grond van art. 6:233 onder a jo. 6:236 onder k BW vernietigd. Vgl. voor gevallen waarin aan art. 6:231 onder a BW is getoetst o.a. Gerechtshof Arnhem 11 juni 2002, LJN AE4988 (Exakta); Rb. Arnhem 18 april 2007, Prg. 2007, 85 (All Star Travel); Ktr. Heerlen 8 oktober 2008, NJF 2009, 9 (RWE Obragas) en Ktr. Utrecht 20 januari 2010, LJN BL5016 en LJN BL4970 (Proximedia).
10. Wet van 20 november 2006, Stb. 2006, 591 en 592.

11. Art. 2.7, 2.9 en 8.3 Wet handhaving consumentenbescherming.
12. EG-Verordening 2006/2004, PbEG 2004, L 364.
13. H.B. Krans & T.H.M. van Wechem, Handhaving door de Consumentenautoriteit, WPNR 2008/6772, p. 806-810. Vgl. voorts E.S. van Nimwegen, Handhaving door de Consumentenautoriteit: een goed samenspel met het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving?, Contracteren 2010/2, p. 54-59.
14. Mogelijk kan de Consumentenautoriteit aan letter 'h' op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13 de bevoegdheid ontleen om handhavend op te treden. Letter 'h' bij genoemde richtlijn beschouwt als oneerlijk het beding dat beoogt 'een overeenkomst van bepaalde duur automatisch te verlengen bij ontbreken van tegengestelde kennisgeving van de consument, terwijl een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen'.
15. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, C (MvA), p. 2-3.
16. Bijvoorbeeld de verplichting dat een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst per aangetekende brief moet worden opgezegd.

medium¹⁷ voor te schrijven dan nodig was voor het aangaan van de overeenkomst. Hoe werkt deze bepaling evenwel indien de gebruiker voor het opzeggen van de overeenkomst een ‘lichter’ of goedkoper medium¹⁸ zou voorschrijven dan vereist was voor het aangaan van de overeenkomst? In dat geval zou het beding onredelijk bezwarend zijn, hoewel toepassing van het beding voor de consument voordeliger is.

De gebruiker zou in een dergelijk geval in zijn algemene voorwaarden kunnen opnemen dat de opzegmogelijkheid de mogelijkheid om met hetzelfde medium op te zeggen als waarmee de overeenkomst is aangegaan, onverlet laat. Een dergelijke bepaling lijkt binnen de reikwijdte van artikel 6:236 onder o BW toegestaan.

2.2.3 Artikel 6:236 onder p en q BW

Artikel 6:236 onder p BW bestempelt als onredelijk bezwarend een beding dat stilzwijgende verlenging van een abonnement voor dag-, nieuws- of weekbladen of tijdschriften voor een periode van meer dan drie maanden mogelijk maakt, dan wel dat het stilzwijgende verlenging voor een periode van drie maanden mogelijk maakt zonder dat de abonnee het recht heeft het abonnement op te zeggen tegen het einde van de verlengingsperiode met inachtneming van één maand opzegtermijn.

Artikel 6:236 onder q BW bestempelt als onredelijk bezwarend een beding dat stilzwijgende verlenging van een abonnement voor dag-, nieuws- of weekbladen of tijdschriften voor onbepaalde tijd mogelijk maakt zonder dat de abonnee het recht heeft de overeenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van in het algemeen één maand, maar drie maanden voor bladen of tijdschriften die minder dan eenmaal per maand verschijnen, op te zeggen.

Het is niet duidelijk waarom aan de abonnementen voor bladen en tijdschriften twee bepalingen zijn gewijd, die op het eerste gezicht in elkaars vaarwater lijken te liggen. In zijn memorie van antwoord geeft Van Dam aan dat artikel 6:236 onder p BW betrekking heeft op een verlengingsbeding dat ziet in (telkens) stilzwijgende verlenging voor bepaalde tijd en dat artikel 6:236 onder q BW betrekking heeft op stilzwijgende verlenging voor onbepaalde termijn.¹⁹ Daarbij lijkt de bepaling van artikel 6:236 onder p (nieuw) BW voor bladen en tijdschriften die vaker dan eenmaal per maand verschijnen, de dienstverlener (uitgever) meer mogelijkheden te bieden. Dit artikel lijkt immers een minimale verlenging van drie maanden toe te staan na ommekomst van de initiële abonnementsperiode. Indien het abonnement stilzwijgend voor onbepaalde termijn wordt verlengd, kan de

abonnee te allen tijde met inachtneming van een opzegtermijn van één maand opzeggen. Ik acht het goed mogelijk dat de dienstverleners (uitgevers) in een dergelijk geval voor stilzwijgende verlenging met aansluitende periodes van drie maanden kiezen.²⁰

Het is onduidelijk waarom de twee bepalingen naast elkaar zijn ingevoerd. Zou in dit kader niet volstaan kunnen worden met handhaving van uitsluitend de bepaling van artikel 6:236 onder q (nieuw) BW?

Overigens sluit de regel van artikel 6:236 onder p en q BW niet uit dat de aanbieder van de dienst (tevens gebruiker van de algemene voorwaarden) een nieuwe overeenkomst sluit met de consument ter vervanging van de oude, geëxpireerde overeenkomst. In de memorie van antwoord tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is in dit kader verwezen naar aanbieders van mobiele telefonie die bij het opnieuw sluiten van de overeenkomst een *incentive* aanbieden in de vorm van een nieuwe mobiele telefoon die gratis of tegen gereduceerd tarief wordt verstrekt.²¹

2.2.4 Artikel 6:236 onder r BW

Artikel 6:236 onder r (nieuw) BW merkt als onredelijk bezwarend aan het beding dat de abonnee verplicht de opzegging op een bepaald moment te doen plaatsvinden. Deze bepaling lijkt tegenstrijdig met artikel 6:236 onder p (nieuw) BW, waaruit (a contrario) volgt dat de bepaling dat het abonnement tegen het einde van de verlengingsperiode van (maximaal) drie maanden met inachtneming van een opzegtermijn van één maand niet onredelijk bezwarend is op de voet van artikel 6:236 BW.²² Indien artikel 6:236 onder r (nieuw) BW inhoudt dat binnen de reikwijdte van artikel 6:236 onder p (nieuw) BW geen nadere opzeggingstermijnen mogen worden gehanteerd, lijkt de tegenstrijdigheid opgeheven. Een zuiverder redactie van artikel 6:236 onder r (nieuw) BW had deze schijnbare onduidelijkheid kunnen voorkomen.

2.2.5 Artikel 6:236 onder s BW

Een beding dat ziet in de voortzetting van – kort gezegd – een kennismakingsabonnement voor dag-, nieuws- en weekbladen of tijdschriften is op grond van artikel 6:236 onder s (nieuw) BW onredelijk bezwarend. Het woord ‘stilzwijgend’ ontbreekt in deze bepaling. Toch meen ik dat deze bepaling uitsluitend van toepassing is op stilzwijgende verlengingen. Indien de abonnee expliciet met de verlenging instemt, zou kunnen worden gesteld dat de abonnee een nieuwe overeenkomst sluit met de dienstverlener (uitgever). De bepaling is beperkt tot kennismakingsabonnementen voor dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften. Toch zijn er ook andere abonnementsdiensten die kennismakingsabonnementen aanbieden. In dit kader kan worden gedacht aan een

17. Zoals de aangetekende brief of het deurwaardersexploot.

18. Zoals telefonische opzegging bij een schriftelijk aangegane overeenkomst.

19. Vgl. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, C (MvA), p. 5. De toevoeging dat de stilzwijgende verlenging alleen geldt voor kranten en tijdschriften, ontgaat mij. Art. 6:236 onder p (nieuw) BW is van toepassing op alle dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften en lijkt dus niet beperkt te zijn tot kranten en tijdschriften.

20. Vgl. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, B (Voorlopig verslag), p. 4.

21. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, C (MvA), p. 5.

22. Mogelijk leidt een toets aan art. 6:233 onder a BW of in een voorkomend geval aan art. 6:248 lid 2 BW tot een andere conclusie. In het kader van dit artikel wordt die vraag niet nader onderzocht.

betaaltelevisiezender als Eredivisie Live, die kennismakingsabonnementen aanbiedt die bij gebreke van tijdige opzegging stilzwijgend worden verlengd. Het is niet duidelijk waarom artikel 6:236 onder s (nieuw) BW niet ook op dergelijke dienstverleners van toepassing is.

De brief van de (toenmalige) Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 7 oktober 2009 vermeldt over de beëindiging van overeenkomsten met verleners van telecommunicatiediensten dat artikel 7.2a Telecommunicatiewet bepaalt dat een verlengde overeenkomst te allen tijde met inachtneming van een opzegtermijn van één maand kan worden opgezegd.²³ Deze opmerking is geplaatst in het kader van artikel 6:236 onder p en q BW. Mijns inziens vormt de opmerking van de staatssecretaris niet een antwoord op de vraag waarom artikel 6:236 onder s BW uitsluitend beperkt is tot aanbieders van geschreven media.

2.3 Artikel 6:237 BW

Op grond van de Wet Van Dam worden de bepalingen in artikel 6:237 onder k en l BW gewijzigd. Aan het artikel wordt een nieuwe bepaling toegevoegd: artikel 6:237 onder o BW. De bepalingen op de grijze lijst van artikel 6:237 BW worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Tegenbewijs tegen dit vermoeden is mogelijk.

2.3.1 Artikel 6:237 onder k BW

Het huidige artikel 6:237 onder k BW vermoedt dat een beding dat voorziet in verlenging van overeenkomsten voor een periode van langer dan een jaar zonder dat de wederpartij jaarlijks op kan zeggen, onredelijk bezwarend is. In de nieuwe redactie wordt een beding vermoed onredelijk bezwarend te zijn indien niet een opzegtermijn van één maand geldt. Gelet op de koppeling met artikel 6:236 sub j (nieuw) BW zijn dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften van de bepaling uitgezonderd.

2.3.2 Artikel 6:237 onder l BW

Op grond van artikel 6:237 onder l (nieuw) BW wordt ieder beding dat de wederpartij aan een langere opzegtermijn bindt dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen, vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Een dergelijke vorm van bescherming van de 'zwakkere partij' is ook opgenomen in bijvoorbeeld artikel 7:672 lid 8 BW over de opzegging van een arbeidsovereenkomst.²⁴

2.3.3 Artikel 6:237 onder o BW

De Wet Van Dam voorziet daarnaast in een uitbreiding van artikel 6:237 BW met één bepaling, namelijk artikel 6:237 onder o (nieuw) BW. Dit artikel bevat het rechtsvermoeden dat bedingen die voorzien in een opzegtermijn van langer dan één maand, vermoed worden onre-

delijk bezwarend te zijn. De bedingen die vallen binnen de reikwijdte van artikel 6:236 onder j, p en q (nieuw) BW, zijn van de werking van artikel 6:237 onder o (nieuw) BW uitgezonderd. In zijn redactie lijkt artikel 6:237 onder o (nieuw) BW betrekking te hebben op de initiële, niet-verlengde overeenkomst. Dit artikel bepaalt derhalve dat opzegtermijnen voor duurovereenkomsten van langer dan één maand vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. Er bestaat discrepantie met de verlenging van een overeenkomst op grond van artikel 6:236 onder p en q (nieuw) BW. Indien een abonnement stilzwijgend met drie maanden wordt verlengd (art. 6:236 onder p (nieuw) BW), dan wel indien het abonnement betrekking heeft op een blad of tijdschrift dat minder dan eenmaal per maand verschijnt (art. 6:236 onder q (nieuw) BW), lijkt de opzegtermijn bij verlenging ruimer te zijn dan de termijn die de dienstverlener (uitgever) in zijn initiële overeenkomst kan voorschrijven.

2.4 Overgangsrecht

De Wet Van Dam voorziet niet in overgangsrecht. De wetgever heeft ervoor gekozen de wet 13 maanden na de kalendermaand waarin de wet in het Staatsblad is gepubliceerd (derhalve 1 december 2011) in werking te laten treden. De idee van de wetgever is dat de gebruikers van algemene voorwaarden in de tussentijd hun voorwaarden kunnen aanpassen.²⁵

2.5 Europese dimensie

De rechter dient in een gegeven geval de algemene voorwaarde – nadat de rechter heeft vastgesteld dat het litigieuze beding als algemene voorwaarde moet worden aangemerkt – te toetsen aan de hand van artikel 6:233 onder a BW (eventueel jo. art. 6:236 of 6:237 BW). Artikel 6:233 onder a BW bevat een vernietigingsgrond, waarop door de wederpartij een beroep moet worden gedaan.

2.5.1 Ambtshalve toetsing

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in arresten over de toepassing van Richtlijn 93/13 geoordeeld dat bedingen die binnen het bereik van de Richtlijn 93/13 vallen, door de rechter ambtshalve moeten worden beoordeeld.²⁶ De Richtlijn 93/13 is van toepassing indien een beding in een overeenkomst tussen een professional en een consument getoetst moet worden waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. Het is de vraag of de bedingen die de Wet Van Dam beoogt tegen te gaan ambtshalve aan de Wet Van Dam getoetst mogen worden. Mijns inziens luidt het antwoord op die vraag 'ja', mits het litigieuze beding binnen de werkingssfeer van Richtlijn 93/13 valt. Letter 'h' van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13 is van toepassing op bedingen in algemene voorwaarden die op stilzwijgende verlenging van een overeenkomst betrekking hebben.

23. Kamerstukken II 2009/10, 30 520, nr. 18 (brief staatssecretaris d.d. 7 oktober 2009), p. 3.

24. Inhoudende dat bij cao mag worden afgeweken van de wettelijke opzegtermijnen, met dien verstande dat de opzegtermijn die de werkgever in acht moet nemen niet korter mag zijn dan de opzegtermijn die de werknemer in acht moet nemen.

25. Kamerstukken II 2006/07, 30 520, nr. 6 (gewijzigde MvT), p. 5.

26. Vgl. o.a. HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro), HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395 m.nt. MRM (Pannon), HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11 m.nt. MRM (Asturcom/Rodríguez Nogueira) en HvJ EU 9 november 2010, zaaknr. C-137/08 (Pénzügyi Lizing/Schneider).

Aan de hand van deze bepaling is een beding dat strekt tot stilzwijgende verlenging toetsbaar.

2.5.2 *Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten*

In de behandeling in de Eerste Kamer is nog de vraag gesteld hoe de Wet Van Dam zich verhoudt met de in ontwerp voorliggende Richtlijn betreffende consumentenrechten.^{27,28} Bij brief van 7 juli 2010 reageerde de (toenmalige) Minister van Economische Zaken met de stelling dat de beantwoording van de vraag of er voor de Wet Van Dam ruimte is onder de Richtlijn betreffende consumentenrechten, afhangt van de vraag of de Richtlijn betreffende consumentenrechten zal leiden tot maximumharmonisatie zonder ruimte voor de nationale wetgever, dan wel tot een minder vergaande vorm van harmonisatie waaronder ruimte is voor de nationale wetgever.²⁹ In de memorie van antwoord in de behandeling in de Eerste Kamer is aangegeven dat de Ontwerprichtlijn nog niet is aangenomen door het Europees Parlement en dat er dus (vooralnog) geen strijdigheid met de richtlijn bestaat.³⁰ Dit verandert mogelijk indien 'Brussel' de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten, althans het gedeelte over stilzwijgende verlenging van overeenkomsten en beëindiging van overeenkomsten, inricht als een maximumharmonisatierichtlijn.³¹ In dat geval zou de Wet Van Dam bij omzetting van de in te voeren Richtlijn betreffende consumentenrechten moeten wijken en zou haar een kort leven beschoren zijn.

2.6 *Gevolgen van onredelijk bezwarendheid*

Indien een bezwaar als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt, kan het worden vernietigd.³² De vraag rijst dan wat er rechtens tussen partijen geldt. Het is betwistbaar of er ruimte is voor conversie in de zin van artikel 3:42 BW, inhoudende dat de onredelijk bezwarende bepaling in de algemene voorwaarden wordt vervangen door een bepaling die de toets met de Wet Van Dam wel kan doorstaan.³³ In dat geval zou vernietiging van de onredelijk bezwarende bepaling ertoe leiden dat de overeenkomst in beginsel niet opzegbaar is, tenzij de wet specifieke opzegmogelijkheden biedt. In dat geval zal per

type dienstverlening moeten worden gekeken wat de aard van de verleende dienst is. Indien de duurrelatie als overeenkomst van opdracht wordt gekwalificeerd, kan artikel 7:408 lid 1 BW van toepassing zijn. Dit artikel bepaalt dat de opdrachtgever te allen tijde bevoegd is de opdracht te beëindigen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de niet-professionele opdrachtgever worden afgeweken.³⁴ Indien de overeenkomst als telecommunicatiedienst wordt aangemerkt, is artikel 7.2a Telecommunicatiewet mogelijk van toepassing. Dan geldt een opzegtermijn van één maand.

Indien de overeenkomst een uitgefovereenkomst is – bijvoorbeeld een abonnement op een tijdschrift of dagblad –, is de wettelijke regeling inzake opdracht niet van toepassing.³⁵ In dat geval dient te worden teruggevallen op het algemene vermogensrecht. De jurisprudentie over de opzegging van duurovereenkomsten is dan op de beëindiging van het abonnement van toepassing.³⁶

3. *Ambtshalve toetsing*

In *Contracteren* 2010/2 is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU met betrekking tot de ambtshalve toepassing van Richtlijn 93/13 besproken.³⁷ Ook Van Wechem en Schreuder hebben kritische beschouwingen gewijd aan het leerstuk.³⁸ In die artikelen is tevens stilgestaan bij het rapport 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht' (hierna: het Rapport).³⁹

3.1 *Nieuwe verduidelijking in Europese jurisprudentie: arrest van 9 november 2010*

Op 9 november 2010 wees het HvJ EU zijn arrest in de zaak *Pénzügyi Lízing/Schneider*.⁴⁰ Ten aanzien van het leerstuk van de ambtshalve toetsing van bedingen aan Richtlijn 93/13 overwoog het HvJ EU dat de rechter ambtshalve instructiemaatregelen dient te treffen om te kunnen vaststellen of een forumkeuzebeding in de overeenkomst tussen de verkoper (lees: gebruiker van de algemene voorwaarden) en de consument binnen de werkingssfeer van Richtlijn 93/13 valt en zo ja, of hij

27. Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten, COM(2008)614 def. Kritisch over het ontwerp: C.A.N.M.Y. Caufmann, M.G. Faure & T. Hartlief, Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?, *Contracteren* 2010/3, p. 71-78.

28. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, B (Voorlopig verslag), p. 5.

29. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, D. Persoonlijk meen ik dat de brief van de minister de vraag van de Eerste Kamer – geparafraseerd: is het invoeren van de Wet Van Dam zinnig, als er over algemene voorwaarden een Europese richtlijn aankomt? – niet beantwoordt.

30. Kamerstukken I 2009/10, 30 520, C (MvA), p. 6.

31. In de Ontwerprichtlijn wordt een woordelijk aan letter 'h' van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13 gelijke bepaling vermoed oneerlijk te zijn: bijlage III letter f bij de Ontwerprichtlijn, COM(2008)614 def. Nader over de wisselwerking tussen titel 6.5.3. BW en de Ontwerprichtlijn: M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten, *VrA* 2009/2, p. 58-77.

32. Art. 6:233 sub a BW.

33. W.L. Valk, T&C Vermogensrecht (2008), art. 6:233 BW, aant. 4. Tevens MvA II, Parl. Gesch. InvW Boek 6, p. 1588. Valk meent onder verwijzing naar de Parlementaire Geschiedenis dat art. 6:236 onder j BW zich niet voor conversie leent.

34. Art. 7:413 BW.

35. Art. 7:401 lid 1 BW.

36. Vgl. o.a. HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg); HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn) en A.E.M. van der Putt-Lauwers, Opzegging en annulering – contracten zijn van tijdelijke makelij, *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: 2000, p. 121-126; J.E. Brink-van der Meer & A.J. van der Vegt, Beëindiging van duurovereenkomsten, *Contracteren* 2007/4, p. 90-96; D.J. Beenders & P.W. den Hollander, Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, *VrA* 2010/1, p. 65-85.

37. T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, Oneerlijkheid aan banden: Luxemburg spreekt zich uit vóór consumenten, *Contracteren* 2010/2, p. 60-64.

38. T.H.M. van Wechem & A.L.J.A. Schreuder, *Ambtshalve toetsing van een beding in polisvoorwaarden*, *VrA* 2010/2, p. 71-83.

39. LOVCK, *Ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht*, 2010, gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/9CCAF545-F183-499D-9F73-DF2F0104AA15/0/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf>, laatstelijk geraadpleegd op 11 december 2010.

40. HvJ EU 9 november 2010, zaaknr. C-137/08.

ambtshalve dient te toetsen of het beding oneerlijk is in de zin van die richtlijn. De gedachte achter deze eis is dat bij oneerlijkheid van een beding tussen de verkoper en de consument een situatie van ongelijkheid bestaat die uitsluitend door actief ingrijpen van de rechter kan worden opgeheven.⁴¹

Onduidelijk blijft evenwel, of het arrest beperkt is tot de toetsing van forumkeuzebedingen. Het arrest is namelijk geheel gericht op de toetsing van forumkeuzebedingen. Het HvJ EU vertaalt de derde aanvullende vraag van de verwijzingsrechter ('Wanneer de nationale rechter zelf bemerkt dat een contractueel beding eventueel oneerlijk is, kan hij dan, hoewel partijen geen verzoek daartoe hebben gedaan, amtsshalve een onderzoek instellen teneinde de voor die beoordeling noodzakelijke feitelijke en juridische omstandigheden vast te stellen, indien het nationale procesrecht een dergelijk onderzoek enkel op verzoek van partijen toestaat?')⁴²) namelijk als een concrete vraag naar de toetsbaarheid van een 'exclusief territoriaal forumkeuzebeding'.⁴³ Mogelijk is dit het gevolg van de omstandigheid dat het forumkeuzebeding het punt van toetsing in de procedure was. In r.o. 49 van zijn arrest lijkt het HvJ EU zich niet te beperken tot forumkeuzebedingen, terwijl in de navolgende rechtsoverwegingen het HvJ EU de vraag wel weer uitsluitend in het kader van het forumkeuzebeding plaatst. Met Jongeneel ben ik van mening dat het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider niet beperkt is tot forumkeuzebedingen.⁴⁴

34

In eerdere jurisprudentie heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat ook andere bedingen dan uitsluitend forumkeuzebedingen amtsshalve getoetst dienen te worden.⁴⁵ Deze rechtspraak kan een aanwijzing vormen dat het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider een grotere reikwijdte heeft dan uitsluitend de toetsing van forumkeuzebedingen. Zeker is dat evenwel niet: het HvJ EU spreekt in het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider immers uitsluitend over exclusief territoriale forumkeuzebedingen, hoewel de vraag van de verwijzingsrechter breder was geformuleerd: onduidelijkheid alom dus.

Een tweede overgebleven vraag is of uit Pénzügyi Lízing/Schneider volgt dat de rechter zich amtsshalve dient te laten instrueren of de wederpartij van de verkoper/dienstverlener een consument is of niet, dan wel dat hij behoudens een andersluidende stelling van de verkoper/dienstverlener in de procedure ervan uit mag/moet gaan dat de wederpartij een consument is.⁴⁶ Deze kwalificatie bepaalt namelijk mede of het beding onder de werking van Richtlijn 93/13 valt. Wat bovendien te

doen als de rechter aan de verkoper/dienstverlener om nadere gegevens omtrent de persoon van de wederpartij (consument of niet) vraagt en op die vraag geen antwoord krijgt?

Uit r.o. 49 van het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider kan worden afgeleid dat de rechter ook amtsshalve op zoek moet naar het antwoord op die vragen:

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

Uit deze rechtsoverweging kan mijns inziens niet worden afgeleid dat het HvJ EU het amtsshalve onderzoek heeft willen beperken tot uitsluitend de beantwoording van de vraag of over het beding afzonderlijk is onderhandeld. Naar mijn mening dienen ook de omstandigheden of de wederpartij van de verkoper/dienstverlener een consument is en of sprake is van een beding in de zin van de Richtlijn 93/13 amtsshalve te worden onderzocht om vast te kunnen stellen of het beding binnen de werkingsfeer van de Richtlijn 93/13 valt.

De derde vraag die rees bij bestudering van het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider is of de rechter ook in de tweede fase – bij het amtsshalve toetsen van het beding – amtsshalve instructiemaatregelen moet treffen. Het arrest Pénzügyi Lízing/Schneider behandelt deze vraag niet. A-G Trstenjak ging in haar conclusie d.d. 6 juli 2010 voor voornoemd arrest wel in op deze vraag:

'Met andere woorden, het gemeenschapsrecht bevat geen bepaling die de nationale rechter verplicht, op eigen initiatief een onderzoek in te stellen om zich de voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, te verschaffen, indien deze niet ter beschikking staan. De bevoegdheden van de nationale rechter richten zich veeleer naar het nationale procesrecht. In dit verband wil ik erop wijzen dat de civiele procedure in het recht van de lidstaten wordt gekenmerkt door het beginsel van partij-autonomie, dat partijen verplicht alle relevante feiten aan te voeren op grond waarvan de rechter dan uitspraak moet doen. Dit geldt klaarblijkelijk ook voor het Hongaarse burgerlijk procesrecht, aangezien uit de vierde prejudiciële vraag in ieder geval kan worden afgeleid dat een instructie slechts op verzoek van partijen kan worden gelast. Volgens het Hongaarse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering moeten partijen derhalve in beginsel de bewijsmiddelen aanvoeren.'⁴⁷

41. HvJ EU 9 november 2010, zaaknr. C-137/08, r.o. 45-56.

42. HvJ EU 9 november 2010, zaaknr. C-137/08, r.o. 25.

43. HvJ EU 9 november 2010, zaaknr. C-137/08, r.o. 45.

44. R.H.C. Jongeneel, Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de amtsshalve toetsing, NTER 2011/1, p. 33-37.

45. HvJ EG 4 oktober 2007, zaaknr. C-429/05 (Rampion); HvJ EG 17 april 2008, C-404/06 (Quelle); HvJ EG 3 september 2009, C-489/07 (Krüger).

46. Vgl. A.G. Castermans, Contracteren met consumenten, Contracteren 2009/4, p. 97-100.

47. Conclusie A-G Trstenjak d.d. 6 juli 2010, C-137/08, randnr. 110.

Volgens Trstenjak bestaat geen gemeenschapsrechtelijke verplichting om in de tweede fase ambtshalve instructie-maatregelen te treffen. Hooguit het nationale recht kan een dergelijke eis opleggen. Jongeneel noemt de stelling van de A-G 'een zeer goed verdedigbaar antwoord op de vraag'.⁴⁸ Ik deel zijn mening, maar herhaal dat het HvJ EU zich niet over deze vraag heeft uitgelaten en dat een slag om de arm dus vereist is.

3.2 Vergelijking met het Rapport⁴⁹

In het Rapport – dat vóór het wijzen van het hiervoor besproken arrest is geredigeerd – signaleert de LOVCK dat als de rechter het te toetsen beding nog niet definitief kan beoordelen omdat alle omstandigheden van het geval hem niet bekend zijn, hij nader onderzoek zal moeten verrichten.⁵⁰ Dit geldt volgens paragraaf 6.1 van het Rapport evenwel uitsluitend voor bedingen waarop in de procedure een beroep wordt gedaan. Het Rapport stelt expliciet dat een beding uitsluitend relevant is indien op het beding een beroep wordt gedaan.⁵¹ Het Rapport maakt onderscheid tussen een expliciet beroep op een beding en een impliciet, 'versluierd' beroep op een beding. Als voorbeeld van een impliciet beroep noemt het Rapport een vordering die als onbetaalde factuur wordt gepresenteerd, maar die feitelijk voortvloeit uit een in de algemene voorwaarden opgenomen boetebeding. Het Rapport stelt dat in een dergelijk geval artikel 21 Rv met zich meebrengt dat de partijen hun stellingen naar waarheid moeten presenteren.⁵² Indien de rechter vermoedt dat een 'impliciet beroep' wordt gedaan op een beding, kan hij die partij op de voet van artikel 22 Rv gelasten de vordering nader toe te lichten of de algemene voorwaarden in het geding te brengen.⁵³ Pas in dat geval is de rechter in staat vast te stellen of het beding binnen de werkingssfeer van Richtlijn 93/13 valt.

Het is onzeker of het Rapport op de hiervoor genoemde onderdelen de toets met het arrest Pénezügyi Lizing/Schneider kan doorstaan. Het Rapport spreekt van 'kunnen': de rechter kan tot nadere openheid gelasten. Het arrest van het Hof verplicht tot onderzoek: de rechter moet zich nader laten instrueren of het beding binnen de werkingssfeer van Richtlijn 93/13 valt.

In paragraaf 3.1 van dit artikel werd al gesignaleerd dat het gemeenschapsrecht geen bepaling bevat die de rechter verplicht ambtshalve instructiemaatregelen te treffen om over de voor de ambtshalve toetsing van een beding noodzakelijke feitelijke en juridische gegevens te kunnen beschikken. A-G Trstenjak heeft gesteld dat dit punt naar nationaal recht dient te worden beoordeeld.⁵⁴

Het Rapport beveelt aan dat de rechter die zich met een gegevenstekort in de tweede fase geconfronteerd ziet, op grond van artikel 22 Rv een bevel tot het geven van inlichtingen kan geven.⁵⁵ Het zal naar mijn mening in een dergelijk geval vooral gaan om inlichtingen over de effecten die het beding op het evenwicht tussen de consument en de verkoper/dienstverlener heeft. Een dergelijk bevel tot het geven van inlichtingen kan mijns inziens in een instructieformulier of een tussenvonnis gegeven worden. De vraag of er sprake is van een beding, of de koper/opdrachtgever een consument is en of over het beding afzonderlijk is onderhandeld, is in de eerste fase al behandeld.

4. Conclusie

Er wordt flink gewerkt aan de rechtspositie van de consument. De Nederlandse wetgever heeft naar aanleiding van een initiatiefwetsvoorstel van Tweede Kamerlid Van Dam door een toevoeging aan de zwarte en de grijze lijst paal en perk willen stellen aan de stilzwijgende verlenging van duurovereenkomsten met consumenten – veelal abonnementen. De symboliek achter de wet juich ik toe. Helaas heeft de uitwerking op onderdelen voor de nodige onduidelijkheid gezorgd.

Ook in Europa staat het consumentenrecht volop *in the picture*. Het HvJ EU heeft al de nodige rechtspraak gewezen over de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Aan de rechtspraak over deze richtlijn heeft het HvJ EU een nieuw arrest toegevoegd. Het was al duidelijk dat de rechter een beding in een consumentenovereenkomst waarover niet met de consument is onderhandeld, ambtshalve moet toetsen als hij over de noodzakelijke feitelijke en juridische gegevens beschikt. In zijn arrest van 9 november 2010 overwoog het HvJ EU dat de rechter ambtshalve instructiemaatregelen moet treffen om na te gaan of het beding dat voorwerp van het geding uitmaakt, binnen de werkingssfeer van genoemde richtlijn valt. Het HvJ EU heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de rechter ook bij de ambtshalve toetsing van het beding zelf (na vaststelling dat de richtlijn van toepassing is) de verplichting heeft ambtshalve instructiemaatregelen te treffen.

48. Jongeneel 2011, p. 36.

49. Nader over dit onderwerp: J.H.M. Spanjaard, HvJEU verzet bakens in ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden, te verschijnen in MvV 2011/3, en Jongeneel 2011, p. 33-37.

50. Rapport, p. 12.

51. Rapport, p. 13.

52. Rapport, p. 13.

53. Rapport, p. 13.

54. Conclusie A-G Trstenjak d.d. 6 juli 2010, C-137/08, randnr. 110.

55. Rapport, par. 6.3, p. 13.