

Boterzacht criterium met messcherp gevolg

Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding

*Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. drs. J.H.M. Spanjaard**

1 Inleiding

Algemene voorwaarden hebben twee gezichten. Enerzijds zijn ze in de praktijk belangrijk, omdat ze voorkomen dat over elk punt moet worden onderhandeld. Anderzijds zijn ze in potentie gevaarlijk, omdat ze met regelmaat oneerlijke bedingen bevatten, het gros van de partijen die daaraan gebonden raakt de voorwaarden tevoren niet leest, en in het algemeen ook geen onderhandelingsruimte bestaat om clausules aan te passen. Consumenten en ook kleine ondernemers zijn het meest kwetsbaar, vanwege de geringe onderhandelingsmacht en de relatieve informatie- en kennisachterstand ten opzichte van de vaak machtiger gebruiker van algemene voorwaarden.

Om die reden kent het BW al sinds 1992 een algemenevoorwaardenregeling (art. 6:231 e.v. BW), die zowel consumenten als kleine professionele partijen beschermt met regels over het verstrekken van algemene voorwaarden en over de vernietiging van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden. Kort na de inwerkingtreding daarvan zag de Europese richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten het licht,¹ die eveneens betrekking heeft op algemene voorwaarden.² Deze richtlijn werd in Nederland geïmplementeerd in de al bestaande algemenevoorwaardenregeling.

Begin dit jaar heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) een *landmark*-arrest gewezen over de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereen-

komsten.³ Aanleiding daarvoor gaven prejudiciële vragen van respectievelijk het gerechtshof Amsterdam⁴ en het gerechtshof Den Haag⁵ in twee Dexia-zaken. Het HvJ EU geeft een algemeen kader weer voor de toetsing van oneerlijke bedingen, en voegt daar enige nieuwe elementen aan toe, zoals het oordeel dat de rol van het nationale aanvullende recht is uitgespeeld. Naar aanleiding van dit arrest gaan wij in op de vraag wanneer een beding oneerlijk is en wat de juridische consequenties daarvan zijn. Nadat wij in de navolgende paragraaf enige karakteristieken van de Nederlandse algemenevoorwaardenregeling en de richtlijn hebben geschetst, gaan wij in op de relevante feiten van het arrest (par. 3). Naar aanleiding van dit arrest bespreken we eerst wanneer een algemene voorwaarde als 'oneerlijk' in de zin van de richtlijn moet worden beschouwd (par. 4), en bezien wij op welk moment dat moet worden getoetst (par. 5). Daarna gaan wij in op de juridische consequenties van een oneerlijk beding (par. 6) en bespreken wij de situatie van de kleine ondernemer, aan wie wel bescherming toekomt in de Nederlandse algemenevoorwaardenregeling, maar die niet onder de Europese richtlijn valt (par. 7). Wij besluiten met enige korte observaties (par. 8).

2 Het Europese kader

2.1 De Europese richtlijn

In 1993 zag de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: de Richtlijn) het licht,⁶ ter bescherming van de consument. De Richtlijn beoogt dit doel te bereiken door onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen een

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat onder de naam *facily LAW* advocatuur, adviseur bij La Gro Geelkerken Advocaten en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

1. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 1993, L 95/29.
2. De definitie van algemene voorwaarden loopt echter uiteen: waar art. 6:231 BW spreekt van bedingen die bestemd zijn voor meermalig gebruik, heeft de richtlijn betrekking op bedingen waarover niet is onderhandeld.

3. HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19 (Dexia). Over dit arrest ook C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, *Oneerlijke boetebedingen: de 'alles of niets'-benadering bevestigd, te verschijnen in NJB, en Lieveise in haar noot onder dit arrest in JOR 2021/62.*

4. Zaak C-229/19.

5. Zaak C-289/19.

6. Richtlijn 93/13/EEG, PbEG 1993, L 95/29.

professionele ‘verkoper’ en een consument.⁷ Door het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming zou de consument volgens de Europese regelgever gemakkelijker goederen en diensten in andere lidstaten kunnen betrekken.⁸

Art. 2 onder b van de Richtlijn definieert de consument als een natuurlijke persoon die bij onder de Richtlijn vallende overeenkomsten buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten handelt.⁹ Art. 2 onder c van de Richtlijn definieert de verkoper als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit. Uit deze definitie volgt dat onder de term ‘verkoper’ ook kan worden verstaan ‘dienstverlener’, mits de dienstverlening plaatsvindt in het kader van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.¹⁰

Op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn wordt een beding in een overeenkomst als oneerlijk beschouwd, indien (a) niet afzonderlijk over het beding is onderhandeld en (b) het beding, 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. Art. 3 lid 3 van de Richtlijn verwijst naar een indicatieve en niet-uitputtende lijst met bedingen die als oneerlijk *kunnen* worden aangemerkt. Deze indicatieve lijst bevat zeventien van dergelijke bedingen.¹¹

Art. 6 lid 1 van de Richtlijn verplicht de lidstaten te bepalen dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consument ‘niet binden’ en dat de overeenkomst voor het overige bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan blijven voortbestaan. Het HvJ EU heeft duidelijk gemaakt dat de rechter ambtshalve moet toetsen – ook in hoger beroep – of het beding binnen de Richtlijn valt, en zo ja, of het beding oneerlijk is.¹² Een beding

valt onder de reikwijdte van de Richtlijn indien (1) het beding is opgenomen in een overeenkomst tussen een professional¹³ en een consument, (2) over het beding niet afzonderlijk is onderhandeld, en (3) het beding geen kernbeding is. Deze voorvragen moet de rechter onderzoeken, indien zij niet aanstonds uit het procesdossier duidelijk zijn.¹⁴ Indien de rechter vervolgens over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om tot ambtshalve toetsing van het beding over te gaan, is hij daartoe gehouden.

Bij die ambtshalve toetsing van een beding vindt primair een vergelijking plaats met de regels die bij afwezigheid van het beding uit het nationale recht voortvloeien. De toetsing vindt dus materieel plaats aan de hand van het nationale recht.¹⁵ Het betrokken beding wordt niet op zichzelf beoordeeld, maar in het licht van alle bedingen in de algemene voorwaarden van de consumentenovereenkomst waarvan het betrokken beding onderdeel uitmaakt, alsmede in het licht van de betrokken nationale regeling.¹⁶ Het maakt daarbij niet uit of de consument juridische bijstand geniet of niet:¹⁷ ook indien de consument wordt bijgestaan door een advocaat die het relevante verweer niet voert, moet ambtshalve worden getoetst, aldus het HvJ EU.¹⁸ Indien de consument aangeeft het beding niet te willen vernietigen, dan is de rechter gehouden dit standpunt te respecteren.¹⁹

2.2 De Nederlandse systematiek

De Nederlandse algemenevoorwaardenregeling in art. 6:231 e.v. BW is van toepassing op alle typen contractspartijen waartegen algemene voorwaarden worden ingeroepen, maar het niveau van bescherming verschilt al naar gelang het type contractspartij.

De eerste categorie wordt gevormd door consumenten. Zij raken weliswaar snel gebonden aan algemene voorwaarden, ook als ze de inhoud niet kennen (zie art. 6:232 BW), maar worden op twee fronten tegemoetgekomen. In de eerste plaats kunnen ze de algemene voorwaarden vernietigen als ze kortweg niet voor of bij de contractssluiting ter hand zijn gesteld

7. Art. 1 lid 1 Richtlijn.

8. Vgl. zesde overweging bij de Richtlijn.

9. Vgl. M.Y. Schaub, *Wie is consument?*, TvC 2017, afl. 1, p. 30-40. Vgl. voorts Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1875, NJ 2017/321 (Broeren/Staat).

10. De zesde overweging bij de Richtlijn erkent dat de Richtlijn ook op dienstverlening van toepassing is. Vgl. in dit kader HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse).

11. Voorbeelden van oneerlijke bedingen die op de indicatieve lijst genoemd worden, zijn exoneraties bij overlijden en letsel, een onevenredig hoog boetebeding bij een tekortkoming en een beding dat tot gevolg heeft dat de consument belet of belemmerd wordt een vordering in te stellen, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken, of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust.

12. HvJ EG 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675, NJ 2007/201 (Mostaza Claro); HvJ EU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:659 (VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferene Schneider); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets); HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214 m.nt. H.B. Krans.

13. Ook verhuurders vallen onder het begrip ‘professional’, aldus HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse).

14. Tot dit onderzoek is de rechter verplicht op grond van HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, NJ 2011/41 m.nt. M.R. Mok (VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferene Schneider). Vgl. nader over ambtshalve toetsing C.M.D.S. Pavillon, *Wat maakt een beding oneerlijk?* Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, TvC 2014, afl. 4, p. 163-172.

15. HvJ EG 4 april 2004, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter).

16. Voor de beoordeling van een prijswijzigingsbeding: HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, NJ 2012/404 m.nt. MRM, TvC 2012/6 m.nt. J.H.M. Spanjaard (Invitel).

17. Ook de consument die in zijn werkzame leven advocaat is, geniet consumentenbescherming. Zijn beroep wordt hem niet ‘aangewreven’: HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (Costea/Volksbank).

18. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37 m.nt. MRM (Rampion); HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, AA 2015, p. 816 m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252 m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (Faber/Hazet Ochten).

19. HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, NJ 2009/395 m.nt. MRM (Pannon).

(art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 BW). Het uitgangspunt is dat ze fysiek moeten worden verstrekt, maar onder omstandigheden is het ook mogelijk om de algemene voorwaarden digitaal te verstrekken (art. 6:234 lid 2 BW; als de overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt, moet de wederpartij op grond van art. 6:234 lid 3 BW wel uitdrukkelijk met digitale verstrekking instemmen). Gaat het om geleverde diensten die onder het bereik van de Europese Dienstenrichtlijn vallen, dan is het voldoende als de algemene voorwaarden ‘gemakkelijk toegankelijk’ zijn (art. 6:230c BW). Verder kan een consument een onredelijk bezwarend beding vernietigen indien het ten tijde van de contractssluiting onredelijk bezwarend is (art. 6:233 onder a BW). Op de zwarte lijst van art. 6:236 BW staan clausules opgesomd die per definitie onredelijk bezwarend zijn, en de grijze lijst uit art. 6:237 BW bevat clausules die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn, met de mogelijkheid voor de gebruiker van algemene voorwaarden om ze te vernietigen. Anders dan de Europese lijst gaat het hier niet om indicatieve lijsten, want zodra een beding op een van de lijsten prijkt, is het onredelijk bezwarend of wordt het vermoed dat te zijn.

De tweede categorie ziet op kleine bedrijven,²⁰ die ook een beroep kunnen doen op het hiervoor beschreven palet, met uitzondering van de grijze en zwarte lijst. Indien hun positie lijkt op die van een consument – een klein bedrijf ziet zich gepositioneerd tegenover een grote en machtige professionele wederpartij –, dan hebben deze lijsten soms wel reflexwerking voor hen, hetgeen kort samengevat betekent dat het feit dat een beding op deze grijze of zwarte lijst staat vermeld, een argument is voor de kleine ondernemer om de onredelijke bezwarendheid van een beding aan te tonen (zie nader par. 7 hierna).

De derde categorie bestaat uit grote wederpartijen, die net als consumenten en kleine bedrijven wel snel aan algemene voorwaarden gebonden zijn, maar vervolgens geen specifieke bescherming ontvangen: zij kunnen noch een beroep doen op de terhandstellingsverplichting (art. 6:233 onder b BW), noch een beding vernietigen omdat het onredelijk bezwarend is (art. 6:233 onder a BW), aldus art. 6:235 BW. Wel kunnen zij een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²¹

Deze systematiek kent de wet al sinds 1992 en is grosso modo onveranderd gebleven. Wel heeft de benodigde implementatie van de Richtlijn op diverse punten voor veranderingen in de

algemenevoorwaardenregeling gezorgd.²² Verder heeft rechtspraak van het HvJ EU de Nederlandse regeling de laatste decennia beïnvloed. Zo heeft het HvJ EU in een reeks van arresten de contouren geschetst van de definitie van een ‘oneerlijk’ beding en was het ook de Europese rechter die de hiervoor omschreven ambtshalve toetsing heeft geïntroduceerd. De Nederlandse rechter heeft dat moeten inpassen in het nationale recht, zodat de vereiste Europese consumentenbescherming voldoende was geborgd.

2.3 De wisselwerking tussen de Europese Richtlijn en het Nederlandse recht

Richtlijn 93/13 en afdeling 6.5.3 BW vertonen raakvlakken, maar ook de nodige verschillen. De Richtlijn is van toepassing op ieder beding in een overeenkomst tussen een bedrijf en een consument (hierna ook: B2C) waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. Het bestemmingscriterium van art. 6:231 onder a BW (‘een beding opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt’) komt in de Richtlijn niet voor, wat de reikwijdte van de Richtlijn breder maakt dan bedingen die onder afdeling 6.5.3 BW vallen. Daarnaast bepaalt art. 6 van Richtlijn 93/13 dat het beding partijen niet bindt, terwijl een oneerlijk beding krachtens art. 6:233 onder a BW vernietigbaar is. De Hoge Raad heeft deze norm naar nationaal recht vertaald door de rechter te gebieden het beding te vernietigen, desnoods ambtshalve.²³ Hoewel de norm van de toetsing materieel naar Nederlands recht plaatsvindt, moet het Nederlandse recht richtlijnconform worden uitgelegd. De norm ‘onredelijk bezwarend’ uit art. 6:233 onder a BW moet in het kader van de Richtlijn dus overeenstemmen met de ‘oneerlijkheidstoets’ van art. 3 van de Richtlijn.

3 Het Dexia-arrest van het HvJ EU

3.1 De feitelijke achtergrond

Nu wij de belangrijkste contouren van de Europese Richtlijn en de Nederlandse richtlijn hebben geschetst, is het zinvol om in te gaan op het *landmark*-arrest van het HvJ EU, in de twee gevoegde Dexia-zaken van Nederlandse bodem. Beide zaken gaan over de bekende Dexia-producten, waar de Hoge Raad zich al meerdere malen over heeft uitgesproken.²⁴ Nu is dus de Europese hoogste rechter aan zet. De achtergrond van deze Dexia-zaken is bekend. De consument leent een geldsom van de bank (de hoofdsom), waarmee deze bank aandelen koopt, waar hij nog rechthebbende van blijft. De juridische constructie was een leaseovereenkomst. Maandelijks betaalt de consument een geldbedrag aan de bank, dat bestaat uit rente

20. Voor de omschrijving van kleine bedrijven, zie art. 6:235 BW.

21. Een vierde categorie betreft de in het buitenland gevestigde professionele wederpartij. Krachtens art. 6:247 lid 2 BW is afdeling 6.5.3 BW niet op dergelijke wederpartijen van toepassing, maar het is de vraag of deze bepaling Europeesrechtelijk standhoudt, met name voor dienstverrichters als bedoeld in de Dienstenrichtlijn: L.M. van Bochove & T.J. de Graaf, *De discriminerende werking van de algemenevoorwaardenafdeling*, MvV 2020, afl. 11, p. 386 e.v.

22. Zoals de introductie van art. 6:238 lid 2 BW (‘contra proferentem-uitleg’-regel) per 28 oktober 1999; Stb. 1999, 468.

23. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets).

24. Zie o.m. de effectenlease-arresten uit 2009: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treck/Dexia), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon), NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, AA 2010/3, p. 188-196 m.nt. S.D. Lindenbergh en W.H. van Boom.

over de hoofdsom en in menig geval ook een aflossing van een deel van de hoofdsom. Aan het einde van de looptijd worden de aandelen verkocht en de opbrengst daarvan aan de consument uitbetaald, minus de geleende hoofdsom. Destijds was de hoop en verwachting dat de aandelen meer waard zouden zijn dan ten tijde van de transactie, zodat de consument winsten zou genereren. Maar dat bleek in een aanzienlijk aantal gevallen ijdele hoop, omdat daar de aandelen sterk in waarde waren gedaald, zodat een restschuld overbleef.

In beide zaken die bij het HvJ EU belandden, konden de consumenten de maandelijkse betalingen niet verrichten, waarop Dexia de leaseovereenkomsten heeft ontbonden vanwege een tekortkoming (art. 6:265 BW). Normaliter ontstaat voor beide partijen een ongedaanmakingsverbintenis voor de wederzijdse prestaties (art. 6:271 BW), maar in de toepasselijke algemene voorwaarden was de wijze waarop een en ander moet worden afgewikkeld nader vastgelegd. Kort samengevat komt dat op het volgende neer:

1. De bank mag bij een tekortkoming de overeenkomst direct ontbinden, de verschuldigde restantsom bij de consument opeisen en de aandelen verkopen. De opbrengst van die verkoop komt in mindering op het bedrag dat de consument nog aan de bank verschuldigd is (art. 6 algemene voorwaarden).
2. De vordering van de consument op de bank komt overeen met de verkoopwaarde van de aandelen op de datum van ontbinding minus de contante waarde van het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom. De contante waarde wordt berekend volgens art. 7A:1576e lid 2 BW (huurkoop), op grond waarvan 5% van de vervroegd betaalde termijn in mindering wordt gebracht op de contante waarde (art. 15 algemene voorwaarden).

In een eerder Dexia-arrest, waar dezelfde algemene voorwaarden ter toetsing stonden, oordeelde de Hoge Raad al dat art. 6 in combinatie met art. 15 als oneerlijk in de zin van de Richtlijn moet worden beschouwd. De Hoge Raad heeft hier toe de financiële consequenties van een 'normale' ontbinding krachtens art. 6:265 BW vergeleken met de afwikkelingen op grond van de algemene voorwaarden. Van belang was dat bij de wettelijke afwikkeling rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat Dexia het geleende bedrag op een eerder tijdstip ontvangt dan was overeengekomen en het bedrag direct rentedragend kan uitlenen. Dit voordeel wordt verdisconteerd in de door de consument te betalen schadevergoeding bij ontbinding, terwijl dat element bij de afwikkeling conform deze algemene voorwaarden buiten beschouwing wordt gelaten. Om die reden oordeelde de Hoge Raad al in 2017 dat art. 6 oneerlijk was, voor zover het artikel betrekking had op toekomstige en dus eerder opeisbare rentetermijnen.²⁵

25. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Tijhuis/Dexia).

3.2 De prejudiciële vragen

De door de beide Nederlandse hoven aan het HvJ EU gestelde prejudiciële vragen borduren voort op dit eerdere arrest van de Hoge Raad en laten zich als volgt samenvatten:

1. Is een beding al oneerlijk als het ten tijde van de contractsluiting enkel een *mogelijkheid* maar geen zekerheid biedt dat hiermee het evenwicht tussen partijen aanzienlijk wordt verstoord? Meer specifiek: gesteld dat een mogelijk voordeel van de bank bij vroegtijdige opeisbaarheid van een bedrag contractueel is gefixeerd op een bepaald percentage, dan is gezien onder meer toekomstige marktontwikkelingen niet zeker – maar wel mogelijk – dat dit percentage voordelig is voor de bank. Is die enkele mogelijkheid al voldoende om een beding als oneerlijk te kwalificeren?
2. Als het beding vernietigd wordt, kan dan nog een beroep worden gedaan op aanvullend recht, meer specifiek, kan de bank dan nog wettelijke schadevergoeding vorderen wegens een tekortkoming?
3. Maakt het voor de beantwoording van de vorige vraag nog verschil of deze wettelijke schadevergoeding gelijk is aan of lager of hoger is dan de contractuele vergoeding?

Het arrest van het HvJ EU biedt een mooie kapstok om stapsgewijs uiteen te zetten welke criteria gelden bij de toetsing of een beding oneerlijk is, welk toetsingsmoment daarbij geldt (ten tijde van de contractsluiting of op een later moment), en wat de juridische consequenties zijn als een beding oneerlijk is.

4 De eerste stap: wanneer is een beding oneerlijk in de zin van de richtlijn?

De eerste vraag is natuurlijk: aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of een beding oneerlijk is? De norm van art. 3 lid 1 van Richtlijn 93/13 bevat slechts in abstracto de elementen waaraan moet worden getoetst of een beding oneerlijk is. Die elementen zijn 'goede trouw' en 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht'. Hoewel de rechter naar nationaal recht materieel moet beoordelen of een beding daadwerkelijk oneerlijk is (of in Nederlandse termen: 'onredelijk bezwarend'), moeten de begrippen 'goede trouw' en 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' unitair worden uitgelegd. Het oordeel of een beding oneerlijk is, moet uiteindelijk door de nationale rechter worden geveld, maar het HvJ EU geeft wel aanwijzingen die de nationale rechter in zijn oordeel moet betrekken.²⁶ In het Dexia-arrest voegt het HvJ EU geen nieuwe elementen toe aan de in de Europese rechtspraak ontwikkelde oneerlijkheden, maar wordt wel duidelijk uiteengezet welke elementen van belang zijn.

Om te beginnen volgt onder meer uit de Aziz- en Banco Primus-arresten²⁷ dat rekening moet worden gehouden met het toepasselijke nationale recht. Zo kan worden beoordeeld of en

26. Zie o.m. HvJ EU 3 september 2020, ECLI:EU:C:2020:631 (Profi Credit Polska), r.o. 91.

27. HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), r.o. 67; HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus), r.o. 59.

in hoeverre een overeenkomst de consument in een juridisch ongunstiger positie brengt in vergelijking met de normaliter toepasselijke regels.²⁸ In het *Aziz*-arrest heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat om te bepalen of dat nadeel ook een verstoring van het evenwicht in de zin van de Richtlijn veroorzaakt, moet worden nagegaan '(...) of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld'.²⁹

In de tweede plaats is voor die 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' niet een louter kwantitatieve financiële beoordeling beslissend: een rekensom waarbij alleen de waarde en de kosten van de transactie beslissend zijn, is te kort door de bocht:

'Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan namelijk reeds resulteren uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst krachtens de toepasselijke nationale bepalingen verkeert, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien.'

Aldus het HvJ EU in het arrest *Kiss en CIB Bank*.³⁰

Verder moet de overeenkomst de concrete werking van het contractuele mechanisme (in casu de berekening van de vergoeding die bij beëindiging verschuldigd is) waarop het betrokken beding betrekking heeft en mogelijk ook andere contractuele mechanismen op een transparante wijze uiteenzetten. De consument moet namelijk op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit een contract voortvloeien, kunnen inschatten. Het idee is hierbij dat het voor de consument bij het aangaan van de overeenkomst grammaticaal, juridisch en economisch duidelijk is waartoe hij zich verbindt.³¹ Het weergeven van een moeilijk te doorgronden formule die precies aangeeft wat een consument bij een voortijdig einde van het contract verschuldigd is, is dus onvoldoende.

Een laatste element dat bij de vraag of een beding oneerlijk is, moet worden betrokken, is dat een beding niet op zichzelf moet worden beoordeeld, maar dat rekening moet worden gehouden met alle andere clausules in de overeenkomst.³² Als in een contract bijvoorbeeld verschillende boeteclausules zijn opgenomen, op grond waarvan een vaste boete bij een tekortkoming moet worden betaald én een boete per dag dat vertraagd wordt nagekomen, dan kan het bij het vaststellen van het oneerlijke karakter van die bedingen nodig zijn om te bezien wat het 'cumulatieve effect' van die bedingen is.³³ Het gaat uiteindelijk om de wisselwerking tussen de verschillende clausules.

Deze elementen tezamen geven de nationale rechter het toetsingskader voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding. Het *Dexia*-arrest vat dit toetsingskader helder samen,³⁴ maar voegt daar verder geen nieuwe elementen aan toe.

5 De tweede stap: het toetsingsmoment en zijn consequenties

De volgende vraag is op welk moment dat oneerlijke karakter moet worden getoetst: *ex ante*, op het moment van de contractssluiting, of *ex post*, waarbij omstandigheden ná de contractssluiting kunnen worden meegewogen? Een vergelijkbare discussie wordt in het Nederlandse recht gevoerd, waarbij art. 6:233 onder a BW beperkt blijft tot de contractssluiting (*ex ante*: inhoudstoetsing), en de toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van feiten en omstandigheden tot het moment van het rechterlijk oordeel kan worden betrokken (*ex post*: uitoefeningstoetsing).

De Richtlijn gaat uit van een toetsing *ex ante*: het gaat om omstandigheden rond de contractssluiting (art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13).³⁵ Het *Dexia*-arrest bevestigt dat de nationale rechter bij zijn beoordeling 'uitsluitend' moet uitgaan van het moment van contractssluiting, maar maakt wel duidelijk dat hierbij *rekening* kan worden gehouden met de uitvoering van de overeenkomst, dus met omstandigheden *ex post*. Het HvJ EU vervolgt dat het oordeel over de oneerlijkheid van het beding in geen geval 'kan (...) afhangen van gebeurtenissen die zich buiten de wil van contractspartijen om, voordoen na de sluiting van de overeenkomst' (r.o. 54). Ons is niet duidelijk wanneer een gebeurtenis precies 'buiten de wil van partijen optreedt' en dus niet relevant is voor de toetsing, maar wij vinden het begrijpelijk dat gebeurtenissen *ex post* meespelen bij het antwoord op de vraag of een beding oneerlijk kan zijn: deze omstandigheden zeggen iets over het mogelijke oneerlijke karakter van het beding. Het gaat dan in wezen om de materi-

28. Ro. 48 *Dexia*-arrest: 'Daarbij is het ook relevant om na te gaan in welke juridische situatie deze consument verkeert, gelet op de middelen waarover hij volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen.'

29. HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), r.o. 67.

30. HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:820 (*Kiss en CIB Bank*), r.o. 51.

31. O.a. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. MRM (Kásler); HvJ EU 20 september 2017, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriuc*). Vgl. voorts HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*ABN AMRO/SdB & Euribor*).

32. Vgl. HvJ EU 10 september 2020, ECLI:EU:C:2020:687 (*Onderverhuur sociale huurwoning*).

33. HvJ EU 10 september 2020, ECLI:EU:C:2020:687 (*Onderverhuur sociale huurwoning*).

34. *Dexia*-arrest, r.o. 46-50, 58 en 59.

35. Zie reeds HvJ EU 9 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:536 (*Ibercaja Banco*), r.o. 48.

alisatie van een oneerlijk beding. Ook de navolgende verduidelijking kunnen wij volgen (r.o. 55):

‘Hoewel niet kan worden betwist dat in bepaalde gevallen de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 bedoelde verstoring van het evenwicht slechts tot uiting kan komen tijdens de uitvoering van de overeenkomst, moet dus worden nagegaan of de bedingen van deze overeenkomst vanaf de datum van sluiting ervan die verstoring van het evenwicht in zich droegen, ook al zou deze verstoring zich alleen onder bepaalde omstandigheden kunnen voordoen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consument.’

Een omgekeerde redenering zou, aldus het HvJ EU, ertoe leiden dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt uitgevoerd en van eventuele toevallige toekomstige ontwikkelingen die daarop van invloed zijn. De professionele partij zou dan kunnen speculeren en een potentieel oneerlijk beding kunnen opnemen, waarbij zij erop rekent dat dit beding in bepaalde omstandigheden niet als oneerlijk zal worden aangemerkt. Dat zou, aldus het HvJ EU onder verwijzing naar art. 6 van de Richtlijn, afdoen aan het doel van de Richtlijn: het zorgen dat professionals geen oneerlijke bedingen opnemen in overeenkomsten met consumenten.

Kortom, in de systematiek die het HvJ EU in het Dexia-arrest neerlegt, is weliswaar een *ex-ante*toetsing het uitgangspunt, maar dit kan ertoe leiden dat een *mogelijke* benadeling in de toekomst toch wordt meegewogen. Daarmee is de eerste prejudiciële vraag beantwoord. Dit uitgangspunt is niet geheel nieuw. In het RWE-arrest over de beëindiging van een gasleveringsovereenkomst na eenzijdige wijziging door de leverancier leek het HvJ EU al hetzelfde te oordelen.³⁶ Maar het HvJ EU is in het Dexia-arrest in die zin vernieuwend, dat het buiten twijfel stelt dat zodra duidelijk is dat een beding tijdens de uitvoering van de overeenkomst tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht *kan* leiden, dat als oneerlijk moet worden beschouwd. Dat is óók zo als dat slechts onder bepaalde omstandigheden zo is, en ook als het beding in een voorkomend geval juist in het voordeel van de consument kan werken. De *ex-ante*beoordeling staat hier niet aan in de weg. Hierdoor wordt een beding dus eerder als oneerlijk aangemerkt dan als de *mogelijkheid* van een benadeling onvoldoende zou zijn. Het Dexia-arrest voegt duidelijk iets nieuws toe aan het Europese bouwwerk van de oneerlijkheid en laat wederom zien dat het oneerlijkhedscriterium verstrekkend kan zijn.

6 De derde stap: de juridische consequenties en de status van aanvullend recht

De consequentie van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn is dat hij ‘niet bindt’ (art. 6 Richtlijn), hetgeen naar

36. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, TvC 2014/1 m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE).

Nederlands recht als een soort ambtshalve vernietigbaarheid moet worden gezien. Dat betekent in de eerste plaats dat de nationale rechter een dergelijk beding niet mag converteren in een wél aanvaardbaar beding. Dan zou de sanctionering van een beding te weinig afschrikkend zijn: in het ergste geval zou een beding ongeldig worden verklaard, maar het zou dan altijd nog kunnen worden herschreven naar een wél redelijk beding.³⁷ De gedachte is dat deze milde sanctionering geen aansporing biedt om in het vervolg oneerlijke clausules niet meer in contracten op te nemen.

In de tweede plaats is de regel dat de overeenkomst in beginsel blijft voortbestaan, maar zonder het litigieuze beding. De systematiek van het contractenrecht leidt er normaliter toe dat dan het aanvullende recht geldt. Als bijvoorbeeld een boetebeding ongeldig zou zijn omdat het oneerlijk is, en partijen dus niet bindt, dan vallen partijen terug op het normale schadevergoedingsrecht, op grond waarvan bij een toerekenbare tekortkoming de schade (het positieve contractsbelang) moet worden vergoed (art. 6:74 en 6:95 e.v. BW). De consument die tekortschiet behoeft dus niet de hoge contractuele boete te betalen, maar zou wél op grond van de normale wettelijke regeling de schade door zijn tekortschieten moeten vergoeden.³⁸

Het was nog niet duidelijk of de rol die het aanvullende recht speelt, genade zou ontvangen door de Europese rechter, juist vanwege de vereiste afschrikkende werking van sancties.³⁹ Als de professionele partij die zich bedient van een oneerlijk beding altijd nog kan terugvallen op het aanvullende recht, dan zou dat immers kunnen wringen met de vereiste afschrikkende werking van een sanctie. Het Dexia-arrest scheidt die duidelijkheid: het zet een streep door de werking van het aanvullende recht. De nationale rechter is niet bevoegd (r.o. 66):

‘(...) om een bepaling van aanvullend nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding, omdat de vernietiging van dat beding de rechter niet verplicht om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren, waardoor de consument zou worden blootgesteld aan bijzonder nadelige gevolgen en dus zou worden benadeeld.

67. Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat op de in zaak C-289/19 gestelde vragen moet worden geantwoord dat richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een verkoper die – in die hoedanigheid – de consument een beding heeft opgelegd dat door de nationale rechter oneerlijk is verklaard en dus is vernietigd, wanneer de overeen-

37. Zie o.m. HvJ EU 20 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler), r.o. 79.

38. Andersom geldt dat ook voor een oneerlijk boetebeding waarvan achteraf blijkt dat het verplicht tot betaling van een lager bedrag dan de wettelijke schadevergoeding.

39. HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Jur. 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann), waar het Hof oordeelde dat de lidstaten vrij zijn in de keuze van de sanctie bij overtredingen van het Unierecht, maar dat de maatregelen wel een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming moeten bieden en een voldoende afschrikkende werking moeten hebben.

komt zonder dat beding kan voortbestaan, geen aanspraak kan maken op de in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde wettelijke schadevergoeding die zonder dat beding van toepassing zou zijn geweest.⁷

Hiermee zijn de tweede en derde prejudiciële vraag beantwoord: aanvullend recht geldt niet, onafhankelijk van de hoogte van de wettelijke schadevergoeding. Dat is een verstrekkend oordeel, dat niet alleen breekt met de systematiek van het (aanvullende) contractenrecht, maar ook anderszins vergaande gevolgen heeft. Als een beding oneerlijk is, dan verdwijnt het uit het contract en komt de professionele partij geen enkel recht meer toe. Dit ‘alles of niets’-gehalte van de afweging die rechters op deze wijze moeten maken, betekent ook dat de rechter de mogelijkheid wordt ontnomen om maatwerk te leveren. Zo’n maatwerkoplossing leidt wat ons betreft meestal tot een beter evenwicht tussen de belangen van partijen, geeft ook ruimte voor enige afschrikkende werking en komt wat ons betreft in menig geval gerechtvaardigd tegemoet aan de belangen van de professional, die juist vanwege de open norm van oneerlijkheid tevoren niet weet of een beding de toets der kritiek kan doorstaan. Het Tio Teach-arrest⁴⁰ kan hierbij als voorbeeld dienen. Hier was een cursist die de cursusovereenkomst na drie maanden had opgezegd, contractueel verplicht om het volledige cursusgeld te betalen. Dat beding werd als oneerlijk in de zin van de Richtlijn beschouwd, en vernietigd. Maar omdat de onderwijsinstelling gedurende drie maanden wél onderwijs had verricht, had zij volgens het Hof recht op loon over die periode conform art. 7:411 BW. Wat ons betreft valt daar iets voor te zeggen, maar het idee van het HvJ EU in het Dexia-arrest is nu dat na vernietiging niet kan worden teruggevallen op de wet. De afschrikkende werking brengt mee dat de professional heeft ‘gegokt en verloren’.

In het rapport ‘Ambtshalve toetsing III’ werd al duidelijk dat de rechtspraak hiermee worstelde in procedures waarin primair de (door de rechter onredelijk bezwarend geachte) contractuele rente gevorderd wordt en subsidiair de wettelijke rente. Enerzijds werd de stelling betrokken dat de wettelijke rente moet worden toegewezen, omdat het niet zozeer gaat om het invullen van een leemte, maar het processueel een subsidiaire vordering is die afzonderlijk moet worden beoordeeld. Anderzijds werd aandacht besteed aan de hiertegenover staande visie dat dit op gespannen voet staat met het Unierecht:

‘Het met succes subsidiair kunnen vorderen van bijv. de wettelijke schadevergoeding leidt immers tot hetzelfde resultaat als de vervanging van het beding. Het terugvallen van de gebruiker op de wet in een subsidiaire vordering doet immers afbreuk aan de afschrikkende werking van de vernietiging van het oneerlijke beding. Deze afschrikkende werking wordt mogelijk teniet gedaan doordat gebruikers nog steeds geneigd zullen zijn om die bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, ook al mochten deze ongeldig

worden verklaard, door toewijzing van de subsidiair gevorderde wettelijke rente en “hun belang dus gediend zou zijn” (citaat Kásler arrest). Met andere woorden; de gebruiker leert het zo niet af.⁴¹

Het HvJ EU heeft die strijd in het Dexia-arrest beslecht: het arrest laat naar onze mening geen ruimte meer voor het toewijzen van subsidiair gevorderde wettelijke rente.⁴² Om dit resultaat dogmatisch te kunnen bereiken, moet worden aangenomen dat een rentebeding dat voorziet in een contractuele schadevergoeding bij laattijdige betaling uit twee delen bestaat: een beding waarin aanvullend recht buiten spel wordt gezet en een vervangend contractueel (schadevergoedings)beding. Vernietiging van het beding onder vigeur van art. 6:233 onder a BW conform Richtlijn 93/13 leidt tot het wegsnijden van het vervangende contractuele beding, maar tot de instandhouding van de afwijking van regeland recht.⁴³ Hoewel het HvJ EU zijn oordeel formeel beperkt tot de onderhavige zaken, en dus tot de daar ter toetsing staande contractuele schadevergoeding bij vroegtijdige beëindiging,⁴⁴ verwachten wij gezien de principiële koers van het HvJ EU dat het arrest een breder bereik heeft en in ieder geval geldt voor elk oneerlijk boetebeding en waarschijnlijk ook voor elk contractueel beding dat ten nadele van de consument afwijkt van aanvullend recht. Ook daar gelden immers dezelfde overwegingen ten aanzien van de afschrikkende werking. Ten aanzien van een oneerlijk boetebeding betekent dit in feite dat überhaupt geen recht op *wettelijke* schadevergoeding meer bestaat. De redenering is dan dat ervan moet worden uitgegaan dat partijen de wettelijke regeling buiten spel wilden zetten. Eerder noemde Spanjaard dat een passende sanctie,⁴⁵ maar zij gaat natuurlijk wel heel ver en tast de nationale systematiek van het aanvullende contractenrecht vergaand aan. Wij tekenen daarbij voorzichtig aan dat de juridische constructie die moet worden gevolgd om het door het HvJ EU gekozen resultaat te kunnen bereiken ook wankel is: de redenering dat een contractueel beding in tweeën moet worden gedeeld, komt kunstmatig voor. Bovendien kan het toch moeilijk worden volgehouden dat partijen in ieder geval het aanvullend recht volledig buiten spel wilden zetten, ook al leidt dat bij vernietiging tot een aan het oorspronkelijke contract diametraal resultaat: van alles tot niets. Dat klemt te meer als wordt bedacht

41. Ambtshalve toetsing III, p. 41-42.

42. Zie naar aanleiding van het Banco Santander-arrest (HvJ EU 7 augustus 2018, ECLI:EU:C:2018:643, waar aan de vraag naar de kracht van aanvullend recht niet werd toegekomen) J.H.M. Spanjaard, *Renteclausules in consumentovereenkomsten: a pound of flesh*, *Contracteren* 2018, afl. 4, p. 139-143 en C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nienten. Sancties in het consumentenrecht anno 2020* (oratie Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 24-25.

43. Zo ook Spanjaard 2018, p. 140. In gelijke zin: A-G Wissink in zijn conclusie voor het Tio Teach-arrest, ECLI:NL:PHR:2017:889, nr. 2.23.5.

44. Ro. 66: de nationale rechter is ‘in een geval als dat van zaak C-289/19 niet bevoegd’; en in het declaratoir oordeelt het HvJ EU dat een consument ‘geen aanspraak kan maken op de in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde wettelijke schadevergoeding’.

45. J.H.M. Spanjaard, annotatie bij Rb. Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:670, TvC 2017, p. 43.

40. HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, NJ 2017/421 (Tio Teach).

dat de toetssteen of een beding 'oneerlijk' is, zacht is. Niet altijd kan op voorhand worden beoordeeld of een beding leidt tot een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht, juist omdat het HvJ EU in het Dexia-arrest duidelijk heeft gemaakt dat elke potentiële, toekomstige aanzienlijke disbalans tot die kwalificatie kan leiden, ook al heeft die zich niet gematerialiseerd. Een boterzacht criterium dus, met een mescherp rechtsgevolg. Wel moet worden toegegeven dat het buiten toepassing laten van aanvullend recht meer afschrikkende werking heeft dan het laten voortbestaan daarvan. Gezien het belang dat daaraan in de Europese rechtspraak wordt gehecht, ligt dit oordeel van het HvJ EU in de lijn der verwachting.⁴⁶

Wel lijkt een beroep op het wettelijke niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht nog mogelijk te zijn. In het Kanyebara-arrest overwoog het HvJ EU dat Richtlijn 93/13 geen betrekking heeft op niet-contractueel aansprakelijkheidsrecht. Dit valt ten volle onder het nationale recht.⁴⁷ Dit zou betekenen dat de leerstukken onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking dus nog wel kunnen worden toegepast. Echter, een wezenlijke en equivalente rol voor die leerstukken laat zich – geïsoleerd van het contract – moeilijk voorstellen.

7 Proximedia: onredelijk bezwarende algemene voorwaarden in B2B-relaties

7.1 Van B2C naar B2B: eenzelfde laken een pak?

De richtlijn oneerlijke bedingen geldt alleen voor B2C-transacties. Het strenge parcours dat het HvJ EU in het Dexia-arrest heeft uitgezet, geldt daarom niet voor contracten tussen bedrijven onderling (hierna ook: B2B). Voor algemene voorwaarden tussen professionele partijen geldt uitsluitend de Nederlandse regeling, zonder invloed van de Europese Richtlijn. Meer concreet: algemene voorwaarden moeten worden getoetst aan de norm van 'onredelijk bezwarend' uit art. 6:233 onder a BW, maar de grijze en zwarte lijst waar de consument een beroep op kan doen, gelden niet. De gedachte is dat commerciële partijen minder bescherming nodig hebben dan de consument, en dat de contractsvrijheid in B2B-relaties een belangrijker rol behoort te spelen. In algemene zin is dat natuurlijk juist, maar in het brede palet aan B2B-relaties zijn situaties denkbaar waarin een professionele partij zich ten opzichte van haar wederpartij in een relatief vergelijkbare posi-

tie bevindt als de zwakke consument. Denk bijvoorbeeld aan de economisch afhankelijke zzp'er die contracteert met een grote ervaren commerciële partij. Het is interessant om te onderzoeken of een vergelijkbaar beding als in de Dexia-zaak dan wél standhoudt. Wij gaan daar nader op in, aan de hand van de Proximedia-zaken van een aantal jaren geleden, waarbij in onevenwichtige B2B-relaties annuleringsbedingen waren opgenomen die zeer nadelige consequenties hadden voor de zwakke professionele contractspartij.⁴⁸

7.2 Reflexwerking in het algemeen

De kleine commerciële contractant die geconfronteerd wordt met een nadelige algemene voorwaarde, moet dus een beroep doen op de open norm van art. 6:233 onder a BW, maar de grijze of zwarte lijst uit art. 6:236 en 6:237 BW geldt niet. Volgens de parlementaire geschiedenis kan van deze lijsten echter wel een zekere 'reflexwerking' uitgaan indien de wederpartij een (kleine) ondernemer is.⁴⁹ In algemene zin betekent dit dat de plaats van een beding op een van de lijsten invloed heeft op het oneerlijke karakter van het beding in een B2B-relatie. Hoe sterk die invloed is, is niet geheel zeker. Zo noemt Loos de mogelijkheid dat het beding rechtstreeks wordt ingeroepen door een professionele partij, en dat het beding dan vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, of dat zelfs is.⁵⁰ Een zwakkere variant van reflexwerking gaat ervan uit dat bij de toetsing aan de open norm rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat het beding ook op de zwarte of grijze lijst staat. Dat is wat ons betreft het meest zuivere begrip, juist omdat de lijsten specifiek voor consumenten zijn bedoeld. Wel merken wij op dat in procedures vaak direct een beroep gedaan wordt op de grijze of zwarte lijst, verwijzend naar het feit dat de ondernemer in kwestie zo klein is dat hij nauwelijks van een consument te onderscheiden is.

De volgende vraag is welk type partij die reflexwerking toekomt. Loos en Hijma onderscheiden in dit verband vier typen contractanten:

1. rechtspersonen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (bijvoorbeeld kleine stichtingen of verenigingen);
2. natuurlijke personen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen, maar die contracteren buiten de eigenlijke beroeps- of bedrijfsactiviteiten (bijvoorbeeld de meubelmaker die een uitgebreide ICT-omgeving laat bouwen door een ICT-dienstverlener);
3. natuurlijke personen (zzp'ers) die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen en binnen hun eigenlijke beroeps- of bedrijfsactiviteiten handelen (Loos noemt het voorbeeld van de huisarts die een stethoscoop koopt);

46. In zijn conclusie voor het Tio Teach-arrest breekt A-G Wissink een lans voor instandhouding van het semidwingendrechtelijke art. 7:411 BW, omdat iedere afwijking van dit artikel ten nadele van de consument op grond van art. 7:413 BW wordt afgesneden (ECLI:NL:PHR:2017:889, nr. 2.23.6). A-G Wissink plaatst de toets van art. 7:411 BW buiten die van Richtlijn 93/13. Hoewel zijn oplossing maatwerk biedt voor onderwijsinstellingen met te stringente annuleringsclausules, menen wij dat het Dexia-arrest de ruimte voor de door hem gekozen oplossing ook niet voor semidwingend biedt. Naar onze mening dient ook deze toets binnen Richtlijn 93/13 te worden geplaatst, omdat het om de toetsing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten gaat.

47. HvJ EU 7 november 2019, ECLI:EU:C:2019:936 (NMBS/Kanyebara), r.o. 72-73.

48. Wij beiden schreven daarover al eerder: H.N. Schelhaas, Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht, AA 2018, afl. 9, p. 681-692 (hierna: Schelhaas 2018a); J.H.M. Spanjaard, Reflecteren op reflexwerking, ORP 2017/101.

49. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1651 en 1657.

50. M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom juridisch 2018/399.

4. rechtspersonen die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen.⁵¹

Loos neemt in navolging van Hijma aan dat reflexwerking voor de hiervoor genoemde categorieën 3 en 4 uitgesloten lijkt, kort gezegd omdat hier beroeps- of bedrijfsmatig wordt gehandeld en de gelijkens met een consument niet groot is.⁵² Hijma twijfelt bij categorie 2, omdat de onderhandelingspositie van de ondernemer die buiten zijn professionele expertise contracteert, nauwelijks van die van een consument valt te onderscheiden.⁵³ Hijma merkt voorts op dat reflexwerking evenmin kan worden toegepast in de gevallen waarin de overeenkomst in kwestie nimmer door een consument zou worden gesloten. Hierbij kan worden gedacht aan de aanschaf van een Makro- of Sligro-klantenkaart, die uitsluitend openstaat voor personen die staan ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.⁵⁴ In aanvulling hierop heeft Schelhaas in haar oratie opgemerkt dat voor zzp'ers de zwarte en de grijze (en de blauwe) lijst rechtstreeks zouden moeten gelden, vanwege de met een consument veelal vergelijkbare positie.⁵⁵

7.3 Toepassing reflexwerking in Proximedia-zaken

In de praktijk wordt weliswaar vaak een beroep gedaan op reflexwerking, maar zij wordt niet vaak toegewezen. Dat wordt duidelijk bij de zogenaamde Proximedia-zaken, waarbij het bedrijf Proximedia bezwarende dienstverleningsovereenkomsten over webhosting en zoekmachinediensten sloot met veelal kleinere winkeliers. Een aantal van die kleine bedrijven heeft een dergelijke overeenkomst bevoegdlijk opgezegd, maar moest krachtens de algemene voorwaarden een vergoeding van 40% respectievelijk 60% van de resterende contractswaarde betalen. Weliswaar is dit opzeggingsbeding niet identiek aan de Dexia-clausules omdat hier geen tekortkoming aan de orde was,⁵⁶ maar er is wel enige gelijkens: de grondslag om het Proximedia-contract op te zeggen was in menig geval dreigende betalingsonmacht, en bovendien leggen beide clausules de schadevergoeding voor voortijdige beëindiging van het contract neer.

Een groot aantal procedures volgt. Een van de standpunten van de kleine ondernemers is dat het opzeggingsbeding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 onder a BW, en dat hierbij reflexwerking van de grijze lijst (art. 6:237 onder i BW) moet worden toegekend. Opvallend bij de bestudering van de arresten is dat de verweren vaak – in ieder geval volgens de rechtsprekende hoven – mager worden uitgewerkt, waardoor

Proximedia keer op keer in het gelijk wordt gesteld. In de periode 2011-2017 zijn volgens rechtspraak.nl door de hoven en de Hoge Raad 59 arresten gewezen waarin het trefwoord 'Proximedia' voorkomt. Van die 59 arresten gingen 23 arresten over de vraag of sprake was van een onredelijk bezwarend beding, veelal in combinatie met een beroep op de reflexwerking van de zwarte en grijze lijsten.⁵⁷ De rechtbanken en hoven oordelen behoorlijk eensgezind – met uitzondering van het gerechtshof Amsterdam, dat principieel oordeelt dat de lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW uitsluitend door de consumenten kunnen worden ingeroepen⁵⁸ – dat de reflexwerking onder omstandigheden zou moeten kunnen worden toegepast, maar dat de onderhavige casus zich daar niet voor lenen. Verder kon Proximedia soms met accountantsrapportages aantonen dat de schade die zij door voortijdige beëindiging had geleden met de hoge exitvergoeding zou overeenstemmen, zodat van een onevenredig hoge vergoeding geen sprake zou zijn.⁵⁹

Bedacht dient te worden dat het in vrijwel alle zaken ging om eenmansondernemingen, waarbij het type contract (over webhosting en zoekmachinediensten) niet tot de *core business* van de winkelier behoorde. Het betrof dus de door Hijma aangeduide situatie 2, waarbij de rechtspraak dit dus onvoldoende achtte om van reflexwerking uit te gaan en het beding op die grond onredelijk bezwarend te verklaren. Reflexwerking lijkt dan beperkt tot die gevallen waarin sprake is van een overeen-

51. Loos 2018/401; J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010/32.

52. Loos 2018/402-406.

53. Vgl. Hof Amsterdam 27 mei 2004, TvC 2005, p. 14 m.nt. M.B.M. Loos (Van den Besselaar/Lips).

54. Of een incasso-overeenkomst, aldus Rb. Haarlem 18 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH7301, NJF 2009/166.

55. H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 25 en 32-33. In vergelijkbare zin: Schelhaas 2018a.

56. Bij de Proximedia-zaken was dus geen sprake van een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW, waar dat bij Dexia wel het geval was.

57. Het betreft Hof Amsterdam 11 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU3275; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:1333; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4386; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4517; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4662; Hof Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5089; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8111; Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:304; Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1138; Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2337; Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5552, Prg. 2015/59; Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:50, Prg. 2016/17; Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:173; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8057, NJF 2016/113; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8060; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9048; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3853, NJF 2016/306; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4014; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4217, IR 2016/99; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845, NJF 2016/341; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5457; Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2509, NJF 2016/427; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9109.

58. Hof Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5089; Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2337; Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5552, Prg. 2015/59; Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:50, Prg. 2016/17; Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:173.

59. Vgl. in dit kader HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. J. Hijma (Vos/TSN).

komst met een kleine, nauwelijks van een consument te onderscheiden ondernemer of een persoon zonder onderneming (zoals de kleine stichting of vereniging) die betrekking heeft op transacties die normaliter door consumenten worden vericht.

De arresten tonen aan dat de wederpartij gemotiveerd moet aantonen waarom het beding onredelijk bezwarend is,⁶⁰ en dat de enkele stelling dat een beding nadelig is de commerciële contractant niet helpt. En ook *als* van een zekere reflexwerking zou worden uitgegaan, dan is een plaats op de grijze of zwarte lijst weliswaar een gezichtspunt, maar betekent dit niet automatisch dat het jegens ondernemers geoorloofd is.⁶¹

De vergaande bescherming die de consument geniet, komt de zakelijke wederpartij (dus) niet toe. Niet alleen blijft zij verstoken van bescherming onder Richtlijn 93/13, maar ook lijken de rechtbanken en hoven voorgeprogrammeerde schadevergoedingen bij voortijdige beëindiging van contracten doorgaans aanvaardbaar te achten. Mocht een dergelijk beding niet aanvaardbaar zijn, dan zien wij verder in een B2B-verhouding wel ruimte om terug te vallen op aanvullend recht, op grond van de algemene systematiek van het (aanvullende) contractenrecht. Verder kan een beding onder omstandigheden ook op grond van art. 3:42 BW worden geconverteerd in een wél aanvaardbaar beding, hetgeen het HvJ EU in B2C-transacties juist onmogelijk heeft gemaakt. De professionele partij wordt ook in die zin dus aanmerkelijk minder beschermd, ook als zij materieel gezien in een vergelijkbaar ondergeschikte positie als een consument verkeert.

8 Conclusie

Aan de hand van het Dexia-arrest van het HvJ EU hebben wij geanalyseerd onder welke omstandigheden een beding in een B2C-relatie onder de Richtlijn als oneerlijk moet worden beschouwd. Dit Dexia-arrest heeft de duimschroeven verder aangedraaid, omdat in de eerste plaats wordt geoordeeld dat een beding óók oneerlijk is als ten tijde van de contractssluiting enkel een *mogelijkheid* maar geen zekerheid bestaat dat hiermee het evenwicht tussen partijen aanzienlijk wordt verstoord. In de tweede plaats brengt het arrest een novum ten aanzien van de rechtsgevolgen van een oneerlijk beding. Ook daar toont de Europese rechter zijn strenge gezicht: het beding bindt partijen niet en op aanvullend recht kan geen beroep worden gedaan. Dat oordeel past natuurlijk bij het Europese vereiste dat een nationale sanctie voldoende effectief en

afschrikkend moet zijn, maar gaat ver. Het grijpt vergaand in op de nationale systematiek van aanvullend recht, en leidt tot een ‘alles of niets’-benadering. De strenge Uniesancties zijn ook al in de rechtspraktijk effectief gebleken. In veel gevallen zijn algemene voorwaarden aangepast, zoals de contractuele boete in de algemene voorwaarden van Q-Park⁶² en de algemene voorwaarden van Amazon, die – na het arrest VKI/Amazon⁶³ – nu bepalen dat Luxemburgs recht de rechtsrelatie tussen Amazon en de koper beheerst, maar dat dit niet afdoet aan de rechtsbescherming die de in de EU woonachtige consument geniet op grond van het recht van het land waar hij verblijft.⁶⁴

Het is echter niet al goud wat er blinkt. Juist omdat de norm van oneerlijkheid multi-interpretabel is en vaak niet op voorhand kan worden beoordeeld of een beding mogelijk het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoort, knelt deze bikkelharde sanctie wat ons betreft wél. Zij ontnemt de rechter de mogelijkheid om een evenwichtiger oplossing te creëren, hetgeen in het Nederlandse recht onder vigeur van art. 6:2 en 6:248 BW uitgangspunt is geworden. De fatalistische benadering die het HvJ EU voorstaat, is daarom voor de Nederlandse zakelijke gebruiker van algemene voorwaarden ongewoon. De gestrengheid die het Europese Dexia-arrest toont, is een waarschuwing voor commerciële partijen die met consumenten contracteren: de algemene voorwaarden dienen heel kritisch te worden geanalyseerd op een mogelijke oneerlijkheid in de toekomst. De sanctie is vervolgens binair: wie zich verder in wil decken dan de wet toestaat, krijgt in veel gevallen nul op het rekest. Voor de consument lijkt dat uiteindelijk goed nieuws, maar wat ons betreft is het evenwicht doorgeslagen, ook als de positie van de consument wordt vergeleken met die van de kleine ondernemer in B2B-verhoudingen, die van die bescherming verstoken blijft. Het gevolg kan zijn dat de professionele partij de consument voortaan in het geheel geen annuleringsrecht meer gunt, als dat wettelijk niet verplicht is, of de gevolgen van een voortijdige beëindiging volledig aan de wet overlaat. Dit zal de consument ook niet verder helpen, want zo weet hij bij beëindiging van de overeenkomst niet waar hij aan toe is. In zoverre kan het arrest een van zijn doeleinden – duidelijkheid creëren voor de consument – voorbijschieten. De sanctie wringt ook in die zin, dat een evenredigheidstoets ontbreekt. Zoals Pavillon in haar oratie terecht signaleert, bestaat een dergelijke evenredigheidstoets wel bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁶⁵

Het Europese Dexia-arrest toont aan dat in de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de evenredigheid ontbreekt en het alles of niets is. Het boterzachte criterium van de ‘oneerlijkheid’ kan tot een messcherpe consequen-

60. Stelplicht en bewijslast rusten immers op de wederpartij, aldus ook HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, TvC 2013, p. 30 m.nt. Hondius (Van Marrum/Wolff).

61. In dezelfde zin: Loos 2018/406. Overigens signaleren wij drie gevallen, alle drie over verlengingsclausules, waarin de rechterlijke instanties wel tot reflexwerking komen: Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6526, NJF 2014/339, TvC 2015/1 (Fysicas/KPN); Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY9788, Prg. 2013/68 (Libra/Tulp); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2679, AR 2017/1606 (iClicks).

62. Die is van € 1000 teruggebracht naar circa € 300 (art. 5.8 Algemene Voorwaarden Parkeren).

63. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon).

64. Zie www.amazon.nl/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000&ref_=footer_cou, geraadpleegd op 16 april 2021.

65. Pavillon 2020, p. 17 e.v. en 29.

tie leiden. Dat kan tot gevolg hebben dat de zakelijke ondernemer helemaal geen beëindigingsbeding meer in zijn contract opneemt. In dat soort gevallen is het de vraag of de strenge lijn van het HvJ EU wel een voordeel biedt voor de consument.