

File ID        uvapub:93631  
Filename      273270.pdf  
Version       final

---

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type            article  
Title            Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in  
                     consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het  
                     Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?  
Author(s)      M.B.M. Loos  
Faculty        FdR, FdR  
Year            2007

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.273270>

---

*Copyright*

*It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).*

---

Zoeken  
Algemeen

Nieuws

Tijdschriften

Juris-  
prudentieCommentaar  
Ondernemingsrecht

Dossiers

Boeken

Fiscaal  
Commentaar

» WPNR 2007(6727)

Tekst

Informatie

Deeplink

**WPNR 2007(6727) Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?**



## Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?

Uit Europese rechtspraak volgt dat de Nederlandse rechter ambtshalve moet beoordelen of een beding onredelijk bezwarend is. Uit een recent arrest van de Hoge Raad blijkt dat deze rechtspraak nog niet bij de Nederlandse rechter is doorgedrongen. Tijd voor de Europese Commissie voor een nieuwe inbreukprocedure?

### Het arrest van de Hoge Raad

Op 22 juni 2007 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een geschil tussen een mensportcentrum en een van zijn cursisten.[\[noot:1\]](#) Deze cursist heeft tijdens een mencursus letselschade opgelopen, waarvoor hij het mensportcentrum aansprakelijk heeft gesteld. Het mensportcentrum heeft zich echter beroepen op een exoneratieclausule, volgens welke deelname aan een bepaalde cursus 'voor eigen risico' is. Een bij pleidooi in appèl gedaan beroep op een niet eerder in geding gebrachte brief waarin de exoneratieclausule al zou zijn vernietigd, is door het Hof ter zijde gesteld omdat deze stelling niet eerder in de procedure naar voren was gebracht. In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat bij de memorie van grieven wel een beroep op de onredelijk bezwarendheid en vernietigbaarheid van de exoneratieclausule is gedaan - welke vordering echter op dat moment reeds verjaard was -, maar dat de rechtstrijd zich niet uitstrekke tot de vraag of de vernietiging al eerder had plaatsgevonden en dat het beroep hierop bij pleidooi derhalve te laat was gedaan. Hij overweegt vervolgens:

'Voor het aanvoeren van nieuwe grieven is, behoudens uitzonderingen die zich in dit geval niet voordoen, na de memorie van grieven geen plaats omdat voor de wederpartij voldoende kenbaar moet zijn waartegen zij zich heeft te verweren. Gezien het door de grieven van B in het principale hoger beroep ontsloten gebied van de rechtstrijd van partijen behoefde A geen rekening ermee te houden dat zijn verjaringsverweer, dat zich uiteraard beperkte tot hetgeen in de memorie van grieven was aangevoerd, aanleiding kon geven tot deze nieuwe grief die gestaafd werd met een niet eerder in het geding gebrachte productie' (ro. 3.6).

### De rechtspraak van het Hof van Justitie

Omdat de cursist een consument is, is ook de richtlijn oneerlijke contractsbedingen[\[noot:2\]](#) van belang. Art. 6 lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat oneerlijke (onredelijk bezwarende) bedingen 'de consument niet binden'. Naar aanleiding van het *Océano*-arrest van het Hof van Justitie[\[noot:3\]](#) is de vraag opgeworpen of de in art. 6:233 BW opgenomen sanctie van vernietigbaarheid wel ver genoeg gaat, dan wel of een rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing van mogelijk onredelijk bezwarende bedingen. De Hoge Raad heeft een dergelijke verplichting al eens met zoveel woorden ontkend.[\[noot:4\]](#) In het onderhavige arrest wordt zelfs met geen woord gerept over de rechtspraak van het Hof van Justitie. Is daar dan aanleiding voor, vraagt u? Laten we de relevante arresten eens de revue laten passeren.

In het *Océano*-arrest ging het om een in de algemene voorwaarden van uitgever/boekverkoper Océano opgenomen forumkeuzebeding. Het Hof van Justitie oordeelde dat het forumkeuzebeding onredelijk bezwarend was[\[noot:5\]](#) en dat de door de richtlijn vereiste doeltreffende bescherming alleen kan worden bereikt indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.[\[noot:6\]](#) In het *Cofidis*-arrest herhaalde het Hof deze beslissingen uitdrukkelijk.[\[noot:7\]](#) Hij voegde daaraan toe dat de bescherming die de richtlijn aan de consument verleent zich dus ook uitstrekt tot de gevallen waarin de consument zich niet op het oneerlijke karakter van een beding in de overeenkomst beroept, hetzij omdat hij onwetend is van zijn rechten, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte.[\[noot:8\]](#) Dat betekent, aldus het Hof, dat afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de richtlijn wanneer het nationale procesrecht een beperking in de tijd stelt aan de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve of naar aanleiding van een beroep van een consument een beding als nietig te beschouwen.[\[noot:9\]](#) Het Hof concludeert dan ook dat de richtlijn zich verzet tegen een dergelijke regel van nationaal procesrecht.[\[noot:10\]](#) Andere regels van procesrecht kunnen wel in de weg staan de toepassing van dwingende regels van Europees recht. Zo oordeelde het Hof in het *Van Schijndel*-arrest dat dwingende regels van Europees recht - zoals in die zaak de mededingingsrechtelijke regels - in beginsel ambtshalve dienen te worden toegepast[\[noot:11\]](#), maar voegde hij daar aan toe dat dit geen afbreuk doet aan het beginsel van lijdelijkheid van de rechter en dat rekening moet worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, waaronder de bescherming van de rechten van de verdediging en het goede verloop van de procedure.[\[noot:12\]](#)

In *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter* maakte het Hof van Justitie duidelijk dat het uiteindelijk aan de nationale rechter is om te bepalen of een beding in een concreet geval oneerlijk (onredelijk bezwarend) is, omdat dat mede afhankelijk kan zijn van de gevolgen die het beding naar nationaal recht zou hebben.[\[noot:13\]](#) In het recente arrest *Mostaza Claro* ten slotte ging het om een arbitraal beding in een overeenkomst met een provider van mobiele

telefonie, waarbij de consument zich niet tijdens de arbitrale procedure op de oneerlijkheid van het beding had beroepen. Het Hof bevestigde wederom dat de rechter de oneerlijkheid van een beding ambtshalve moet kunnen toetsen ten einde het 'effet utile' van de richtlijn te kunnen waarborgen.[noot:14] Het voegde daaraan toe dat de doelstelling van de richtlijn dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, niet wordt bereikt indien de rechter bij wie een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis is ingesteld, niet kon oordelen over dit vonnis om de enkele reden dat de consument de nietigheid van de arbitrageovereenkomst niet in het kader van de arbitrageprocedure heeft opgeworpen. Een dergelijke omissie van de kant van de consument kan dan in geen geval worden gecompenseerd door het optreden van personen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Uiteindelijk zou daarmee het door de richtlijn ingevoerde stelsel van bijzondere bescherming in gevaar worden gebracht, aldus het Hof.[noot:15] Het argument dat de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging ernstig gevaar zou lopen als de rechter ook in gevallen waarin de consument zich niet tijdens de arbitrageprocedure heeft beroepen op de nietigheid van het arbitraal beding, werd door het Hof van tafel geveegd met de stelling dat de door de richtlijn oneerlijke bedingen geboden bescherming voor consumenten dwingende bepalingen bevat en van openbare orde is.[noot:16] Het Hof stelt vervolgens onomwonden dat de 'aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen (...) dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren' (curs., MBML).[noot:17] De conclusie moet dan volgens het Hof zijn dat de richtlijn verlangt dat de rechter de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en het arbitrale vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat.[noot:18]

### Terug naar het Nederlandse recht: ambtshalve toetsing na *Mostaza Claro*

Wat betekent dit alles nu voor het Nederlandse recht? In *Freiburger Kommunalbauten* is bepaald dat het aan de nationale rechter is overgelaten of een beding in het concrete geval onredelijk bezwarend is. Daarbij zal hij gebruik moeten maken van zijn 'normale' beoordelingskader. Naar Nederlands recht betekent dit dat een zwart beding steeds als onredelijk bezwarend zal moeten worden aangemerkt, terwijl bij een grijs beding het vermoeden bestaat dat het beding onredelijk bezwarend is. In het door de Hoge Raad besliste geval ging het om een exoneratieclausule, dat blijktens art. 6:237 onder f BW een grijs beding is. Voor dergelijke grijze bedingen geldt dat zij zonder meer 'verdacht' zijn en dat er dus alle redenen bestaan om dat juist ten aanzien van dergelijke bedingen te onderzoeken of het beding inderdaad onredelijk bezwarend is. *Mostaza Claro* maakt duidelijk dat de nationale rechter in dat geval **verplicht** is om dat ambtshalve te beoordelen. Dat naar Nederlands procesrecht het verweer dat het beding al eerder vernietigd was, eerder naar voren had moeten worden gebracht, kan blijkens *Cofidis* er in ieder geval niet aan in de weg staan dat de rechter zelf het beding zal moeten beoordelen. De stelling dat het nationale procesrecht geen ruimte biedt voor een dergelijk tardief verweer is weinig steekhoudend: enerzijds niet omdat de procesrechtelijke regel volgens *Cofidis* dan zo mogelijk buiten toepassing moet worden gelaten, anderzijds omdat Hof en Hoge Raad volgens *Mostaza Claro* gehouden zijn **zelf** het beding te toetsen en niet mogen afwachten of de consument (al dan niet tijdig) zelf een beroep op de vernietigbaarheid doet. Nu de door de richtlijn geboden consumentenbescherming volgens het Hof van Justitie van openbare orde is, zal de nationale rechter gehouden zijn zo nodig de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.[noot:19] Ook het *Van Schijndel*-arrest zou daar m.i. niet aan in de weg staan nu de onredelijk bezwarendheid al bij memorie van grieven in hoger beroep is aangevoerd, zodat hoe dan ook de verdediging in de gelegenheid was om (niet louter door middel van een beroep op verjaring, maar ook) inhoudelijk op de vermeende onredelijk bezwarendheid te reageren. Voor zover de Hoge Raad van oordeel mocht zijn geweest dat het *Van Schijndel*-arrest, ondanks de duidelijk lijkende latere rechtspraak van het Hof, op dit punt ook anders uitgelegd kon worden, had hij ten minste hieromtrent een prejudiciële vraag behoren te stellen: van een 'acte claire' is op dit omstreden terrein in ieder geval geen sprake.

### Conclusie

De conclusie uit het voorgaande lijkt duidelijk. De nationale rechter is gehouden **ambtshalve** na te gaan of een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is voor een consument. De verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging en mogelijke proces technische problemen mogen daar niet aan in de weg staan; voor zover de Hoge Raad hier anders over mocht denken, had hij een prejudiciële vraag dienen te stellen. De Hoge Raad lijkt zich van deze Europese dimensie in het geheel niet bewust te zijn geweest.[noot:20] Tijd voor de Europese Commissie voor een nieuwe inbreukprocedure?

[1]

HR 22 juni 2007, *LJN* BA3032, *JOL* 2007, 441.

[2]

Richtlijn 93/13/EEG, *Pb EG* 1993, L 95/29.

[3]

HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero).

[4]

Zie HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115 m.nt. H.J. Snijders (Meurs/ Newomij), ro. 3.5.4. Zie hierover kritisch de noot van Snijders en H.N. Schelhaas, 'Matiging versus vernietigbaarheid van een contractuele boete', *NTBR* 2006, p. 252.

[5]

HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), ro. 24.

[6]

Idem, ro. 26 en 29.

[7]

HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 (Cofidis/Fredout), in het bijzonder ro. 32-33.

[8]

Idem, ro. 34.

[9]

Idem, ro. 35.

[10]

Idem, ro. 36-38. Zie hierover H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2006, p. 148-149.

[11]

HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Jur* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 (Van Schijndel c.s. /Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), ro. 13.

[12]

HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Jur* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 (Van Schijndel c.s. /Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), ro. 19-20.

[13]

HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *Jur.* 2004, p. I-3403, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), ro. 21-22.

[14]

HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 (Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium), ro. 25-29.

[15]

Idem, ro. 30-31.

[16]

Idem, ro. 35-37. Anders nog D.J. Beenders, 'Toetsing boetebeding; verhouding tussen art. 6:233 onder a BW en art. 6:194 lid 1 BW', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2006, p. 199.

[17]

Idem, ro. 38.

[18]

Idem, ro. 39.

[19]

Vgl. Krans, a.w., p. 150-152.

[20]

Ook in de conclusie van Advocaat-Generaal Wesseling-Van Gent ontbreken verwijzingen naar Europese rechtspraak.