



**De ambtshalve
toepassing van het
Europees
consumentenrecht**

- Europeanisering door de rechtspraak -

Marijke Frosch

Module: Specialisatie ondernemingsrecht

Promotor : Prof. Dr. G. Straetmans

Assessor : Mevr. Van Lysebetten

Academiejaar 2012- 2013

I. VOORWOORD

Voor u ligt mijn thesis. In dit voorwoord wil ik graag enkele mensen bedanken die mij gedurende dit jaar hebben bijgestaan en gesteund in het voltooien van dit werk. In de eerste plaats een woord van dank aan mijn promotor, Prof. Dr. G. Straetmans, voor het afbakenen van mijn onderwerp, het kritisch nalezen van mijn pre-lectuur en het aanreiken van de nodige teksten. Ook mijn vriend Stijn en mijn broer Dominic wil ik graag bedanken voor de steun tijdens het onderzoeken van dit onderwerp en het nalezen van mijn thesis. Daarnaast mag een woord van dank niet ontbreken voor mijn vader, die mijn ambitie om in België te komen studeren altijd ondersteund heeft. Zonder zijn hulp had ik mijn studies rechten in Antwerpen niet kunnen voltooien.

Marijke Frosch

II. INLEIDING

Het uitgangspunt voor deze masterproef is de richtlijn 93/13, die als eerste toezag op een centraal leerstuk van het contractenrecht, de oneerlijke bedingen. Al decennia lang tracht de Europese wetgever de consumentenwetgeving te harmoniseren, zodat in de interne markt dezelfde mate van bescherming geboden kan worden. Met het arrest *Océano* opende het Hof het debat omtrent de reikwijdte van de bescherming, met name of er een ambtshalve toets nodig, dan wel verplicht zou zijn om de geboden bescherming te garanderen. In deze thesis tracht ik deze ontwikkeling uiteen te zetten en de daaruit volgende problematiek, zowel op Europees als op nationaal vlak te schetsen.

In de eerste plaats zal ik in het eerste deel in hoofdstuk 1 de context omschrijven en de inhoud van de richtlijn duiden en daar waar nodig de recente ontwikkelingen op wetgevend vlak aanstippen. Daaropvolgend zal in hoofdstuk 2, het principe van de ambtshalve toetsing worden uitgewerkt, met daarin de belangrijkste elementen en begrippen, geïllustreerd met de, niet altijd even duidelijke, rechtspraak van het Hof van Justitie. In die zin zal ik de ambtshalve plicht, de daaruit voortvloeiende gevolgen en onduidelijkheden analyseren en aan de hand van nationale en Europese bronnen uitwerken. Dit zal allemaal gebeuren met onder meer aandacht voor de wilsautonomie, karakterisering m.b.t. de openbare orde en de gevolgen voor eventueel andere (consumentbeschermende) richtlijnen. Hieruit volgt dan ook de bespreking van het spanningsveld dat is ontstaan met betrekking tot de procedurele autonomie van de lidstaten. In Deel II volgt in hoofdstuk 3 de impact die dit alles heeft op de Belgische context, om vervolgens in hoofdstuk 4 rechtsvergelijkend Nederland, Frankrijk en Duitsland te analyseren. Aansluitend volgt in hoofdstuk 5 mijn eigen visie.

INHOUD

I.	Voorwoord	1
II.	Inleiding	1
Deel I De Richtlijn oneerlijke bedingen		3
Hoofdstuk 1 CONTEXT VAN DE RICHTLIJN		3
§1 Historiek		3
§2 Inhoud van de Richtlijn		3
§3 Toekomstige Consumentenwetgeving		6
Hoofdstuk 2 PRINCIPE VAN AMBTSHALVE TOETSING		7
§1 Begripsomschrijving		7
§2 Toetsingsmaatstaaf		8
§3 Ambtshalve toetsing in consumentenzaken in de rechtspraak van het HvJ		13
§4 Bevoegdheid tot ambtshalve toetsing of ook een verplichting?		19
§5 Hoe ver reikt de consumentenbescherming		24
§6 Ambtshalve toetsing in andere uitspraken van het HvJ		28
§7 Juridische constructie van de ambtshalve toetsing		31
Deel II –Impact van de ambtshalve toetsing op de nationale regelgeving		38
Hoofdstuk 3 IMPACT INZAKE HET BELGISCHE CONSUMENTENRECHT		38
§1 Overzicht Belgische wetgevend kader inzake onrechtmatige bedingen		38
§2 Invulling van de toetsingsmaatstaf in België		39
§3 Betekenis voor het Belgische recht		40
§4 Ambtshalve toetsing in de praktijk - Belgische rechtspraak		46
Hoofdstuk 4 RECHTSVERGELIJKEND KADER		47
§1 Inspiratie uit verschillende landen		47
§2 Nederland		47
§3 Frankrijk		48
§4 Duitsland		50
§5 Kort tussenbesluit		51
Hoofdstuk 5 CONCLUSIE		51
Bijlagen		53
1.	Bibliografie	53
2.	Samenvatting	64

DEEL I DE RICHTLIJN ONEERLIJKE BEDINGEN

HOOFDSTUK 1 CONTEXT VAN DE RICHTLIJN

§1 HISTORIEK

1. De richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten¹ is er gekomen nadat vele lidstaten reeds een regeling inzake oneerlijke bedingen hadden uitgewerkt. Hierdoor kwam het aan de Europese wetgever toe een gemeenschappelijk kader te creëren, zodat de diverse specifieke wetgevingen verzoend konden worden.² De richtlijn is een voorbeeld van minimumharmonisatie, maar het blijft een belangrijke bijdrage aan de Europeanisering.³ Het is de eerste richtlijn die rechtstreeks toeziet op een centraal leerstuk van het contractenrecht.⁴ MELI acht dit zelfs ‘*the most important communitarian intervention on consumer contracts*’.⁵ Het kwam aan de lidstaten toe maatregelen te nemen vóór 31 december 1994 om de richtlijn om te zetten.

§2 INHOUD VAN DE RICHTLIJN

2.1 DUBBEL DOEL

2. Het doel is ontstaan enerzijds met het oog op het tot stand brengen van een interne markt, maar anderzijds ook om de consument te beschermen.⁶ Het gebrek aan adequate kennis om onderhandelingen te voeren, dan wel de financiële gevolgen die dergelijke onderhandelingen met zich meebrengen, zorgen er immers voor dat consumenten zich veelal in een zwakkere onderhandelingspositie bevinden. Hierdoor zijn zij geneigd sneller in te stemmen met bedingen, die voor hen nadelig en dus oneerlijk kunnen zijn.⁷ Onderliggend aan deze doelstelling kunnen 2 theorieën worden onderscheiden: enerzijds het ‘*transactiekostenmodel*’ en anderzijds het ‘*misbruik van machtspositiemodel*’. Het Hof lijkt eerder aan te sluiten bij de bescherming van de zwakkere consument, maar omwille van de versterking van de doeltreffendheid van de toetsingsprocedure en

¹ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *P.B.L.* 95, 21 april 1993, 29. (Hierna: Richtlijn 93/13).

² P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 149, nr. 171.

³ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen inzake Europees consumentenrecht” in I. GOVAERE, *Europees recht : moderne interne markt voor de praktijkjurist, Gandaius XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Delva*, Mechelen, Kluwer, 2012, 357. (Hierna: G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen inzake Europees consumentenrecht”)

⁴ E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten” *NTBR* 1993, afl. 6, 108. (Hierna: E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht”)

⁵ M. MELI, “Unfair terms and unfairness test in contracts between businesses and consumers” in A. SOMMA, *The politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2009, 151.

⁶ Artikel 1, lid 1 en considerans 5-6 en 8-10, Richtlijn 93/13; R. WESSELING EN N. NEIJL, “Kroniek van het Europees recht”, *NJB* 2008, afl. 16. 986.

⁷ G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, in SYRPIS, Ph. (eds), *The judiciary, the Legislature and the EU internal market*, New York, Cambridge University Press, 2012, 93

(Hierna: G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”); H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten” in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS EN A. VAN DEN BOSCH (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 63 (Hierna: H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”)

stimulans die men geeft aan de markt om eerlijke clausules te gebruiken, is overeenstemming met de transactiekostentheorie niet uit te sluiten.⁸

2.2. TOEPASSINGSGEBIED

3. In de eerste plaats zal de consument, zoals gedefinieerd in artikel 2, a beschermd worden. Wie voor een gemengd doel handelt is uitgesloten.⁹ Het Hof heeft in de zaak *Cape* verduidelijkt dat het enkel kan gaan om natuurlijke personen.¹⁰ In *Mostaza Claro* lijkt het Hof echter een abstracte invulling te willen geven aan het begrip ‘consument’ binnen de Richtlijn 93/13, zie *infra* nr. 32.¹¹

4. Het moet gaan om een overeenkomst met een verkoper, ruim gedefinieerd in artikel 2, c.¹² Overeenkomsten die niet B2C zijn, vallen niet onder het toepassingsgebied. Overweging 10 van de Richtlijn somt de expliciet uitgesloten overeenkomsten op, vermits zij, in de regel, nooit B2C zullen zijn.¹³ Artikel 1 sluit daarnaast contractuele bedingen uit waarin o.m. dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn opgenomen. In een arrest van 21 maart 2013 verduidelijkt het Hof dit en stelt het dat de richtlijn van toepassing is op de bedingen van algemene voorwaarden die zijn opgenomen in B2C overeenkomsten waarin een voor een andere categorie overeenkomsten geldende regel van nationaal recht is overgenomen, en die niet aan de betrokken nationale regeling zijn onderworpen.¹⁴ Ingevolge artikel 4, 2^e lid blijven kernbedingen onaangetast en vallen dus buiten deze oneerlijkheidstoets, maar blijven evenwel onderworpen aan de transparantievereiste.¹⁵

5. Zoals volgt uit artikel 5 *a contrario* in samenlezing met overweging 11 vallen zowel schriftelijke als mondelinge overeenkomsten onder het toepassingsgebied. Dit vereist enige nuance, omdat voor een overeenkomst of het bewijs daarvan de nationale regels bepalen of er een geschrift nodig is. Het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) heeft dat voor België ook bevestigd door te stellen dat niet alleen bedingen met contractueel karakter *sensu stricto*, maar ook de leveringsvoorwaarden met reglementair karakter die gebruikt worden door verkopers die deel uitmaken van de categorie der openbare diensten omvat worden. SWENNEN besluit dan ook dat mondelinge overeenkomsten onder de

⁸ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 452, nr. 767. (Hierna: E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*) H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, München, Europa Law Publishers, 2008, 353, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf (Hierna: H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*).

⁹ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* voetnoot 7, 70-71.

¹⁰ HvJ C-541/99 en C-542/99, *Cape Snc v Idealservice Srl en Idealservice MN RE Sas v OMAI*, 22 november 2001, *Jur.* 2001, I, 9049, r.o. 17; M. HOFSTÖTTER EN A. WITWER, “Judgment of 21 November 2002 : Case C-473/00, Cofidis”, *European Banking and Financial Law Journal* 2003, 122.

¹¹ C. PAVILLON, “Dutch case note on *Mostaza Claro*” *ERPL* 2007, 744-745; Begrip consument verder toegelicht in J. STUYCK, “Who is a Consumer” in K. BOELE-WOELKI EN W. GROSHIDE, *The future of European Contract law*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2007, 425-434.

¹² H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 70-71.

¹³ Overweging 10, Richtlijn 93/13; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 67.

¹⁴ HvJ C-92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 21 maart 2013, <http://www.curia.europa.eu>.

¹⁵ Art. 4, 2^e lid Richtlijn 93/13; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 74. Deze uitsluiting kan aanleiding geven tot interpretatieproblemen, maar valt buiten het bestek van deze thesis. Voor de verdere uitleg wordt verwezen naar: E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 486, nr. 830 en 516, nr. 877e.v.

richtlijn vallen, maar de bedingen in die overeenkomsten zullen in de regel schriftelijk (moeten) ter hand zijn gesteld van de consument in het licht van de bewijswaarde.¹⁶

2.2.2. ONEERLIJK BEDING

6. Artikel 3, 1^e lid Richtlijn 93/13 geeft een definitie van een oneerlijk beding, waarbij enkel een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld in aanmerking komt.¹⁷ Hieronder vallen standaardbedingen, maar ook voorgeformuleerde bedingen die in het kader van één enkele transactie gebruikt worden.¹⁸ In artikel 3, 2^e lid is een vermoeden opgenomen, waarbij de klemtoon ligt op het gebrek aan beïnvloeding van de contractsinhoud in hoofde van de consument.¹⁹ De bewijslast ligt bij de verkoper, waardoor hij die beweert dat een beding afzonderlijk onderhandeld werd, dit moet bewijzen. Er is dus een beperkte invulling van de categorie van (ontoetsbare) afzonderlijk onderhandelde bedingen.²⁰

2.2.3. TRANSPARANTIEVEREISTE

7. Het transparantievereiste in artikel 5 heeft betrekking op de aanvullende begrippen, duidelijkheid en begrijpelijkheid van bedingen.²¹ In geval van twijfel geldt de *contra proferentem*-regel en prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Bepaalde auteurs zien dit als een voorwaarde voor de incorporatie van het beding in de overeenkomst of in het contractuele veld.²² CAMBIE stelt dat het beding niet tegenstelbaar is aan de consument wanneer het niet duidelijk en/of begrijpelijk is.²³ Het Hof heeft zich in *Commissie t. Nederland* laten ontvallen dat een consument zich kan beroepen op de bescherming van de Richtlijn 93/13 en de verbindendheid kan uitsluiten bij vage bedingen.²⁴ De Belgische wetgever heeft in haar wetgeving reeds de onduidelijke bedingen onderworpen aan de open norm, waardoor een dergelijk beding niet bindend zou zijn.²⁵

In het meest recente arrest van 21 maart 2013 bevestigt het Hof dit door de verhouding tussen artikel 5 en 3 van de Richtlijn te duiden. De rechter dient met alle omstandigheden rekening te houden, waaronder alle bedingen van de algemene voorwaarden van de consumentenovereenkomsten waarvan

¹⁶ Arbitragehof 26 oktober 2005, RW 2006-07, 442; H. SWENNEN, "Het voorstel van richtlijn", *supra* vn 7, 69.

¹⁷ Art. 3, 1^e en 3^e lid Richtlijn 93/13; S. PRECHAL, "Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg", *NTER* 2001, 104-106 (Hierna: S. PRECHAL, "Ambtshalve toetsen"); A. LOMBART, "Les clauses abusives" in T. HEREMANS (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Gent, Larcier, 2010, 107, nr. 221.

¹⁸ Art. 3, lid 1 Richtlijn 93/13.

Advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorstel voor richtlijn betreffende consumentenrechten, 9 juni 2010, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB%2028-def_tcm325-106718.pdf, 6. (Hierna: COB, *Advies 2010*)

¹⁹ Zoals eveneens volgt uit HvJ C-76/10, *Pohotovost' s.r.o. v. Iveta Korčkovská*, 16 november 2010 *Jur.* 2010, I, 11557, r.o. 57 (Hierna: HvJ C-76/10, *Pohotovost'*); COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 6.

²⁰ H. SWENNEN, "Het voorstel van richtlijn", *supra* vn 7, 72; COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 6.

²¹ COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18,9-10.

²² H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, *supra* vn 8, 348.

²³ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 128, nr. 140.

²⁴ HvJ C-144/99, *Commissie v. Nederland*, 10 mei 2001, *Jur.* 2001, I, 3541, r.o. 20-27.

²⁵ Art. 40, §1 en 73, 2e lid WMPC en ex Art. 31 WHPC; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 533, nr. 905.

het omstreden beding deel uitmaakt. Zoals AG TRSTENJAK ook stelt is de transparantieplicht derhalve een afzonderlijk vastgelegd criterium van het oneerlijke karakter, bedoeld in artikel 3, met het gevolg dat de bepalingen van de bijlage bij artikel 3 van richtlijn 93/13 ook in het kader van de transparantieplicht van belang zijn.²⁶

§3 TOEKOMSTIGE CONSUMENTENWETGEVING

8. In het licht van de herziening van het Europese consumentenrecht was een eerste aanzet het *Compendium* van het Europese consumentrecht en het daaropvolgende Europese modelwetboek burgerlijk recht, ‘*Draft Common Frame of Reference*’, ter verwezenlijking van een algemeen model van regels voor een Europees privaatrecht.²⁷ Om tot een interne markt te komen lijkt een maximale harmonisatie van de regels een noodzakelijk element.²⁸

Het voorstel voor een richtlijn inzake consumentenrechten werd op 25 oktober 2011 goedgekeurd.²⁹ Dit met het oog op een interne markt voor de consument waarbij, onder eerbiediging van het subsidiariteitsbeginsel, het evenwicht wordt gevonden tussen een hoog consumentenbeschermingsniveau en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.³⁰ In het licht van de Richtlijn 93/13 is er op het vlak van de materiële voorschriften weinig verschil. Het transparantiebeginsel wordt uitgebreid, waardoor de consument uitdrukkelijk moet instemmen.³¹ Echter het grote verschil betreft de volledige harmonisatie die men beoogt. Dit heeft een verregaand gevolg op de wetgeving die onder de thans geldende minimumrichtlijn werd uitgevaardigd, omdat lidstaten die een hogere bescherming hebben geboden, (zoals België), dit nu moeten terugdraaien. In die zin valt te wijzen op de ‘zwarte lijst’ van bedingen die *per se* verboden zijn in de WMPC.³² Voorts is er sprake van de oprichting van een Comité Oneerlijke Bedingen (naar Frans model) dat de Commissie zal adviseren.³³

²⁶ HvJ C-92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 21 maart 2013, r.o. 39. <http://www.curia.europa.eu>; Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C 92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 13 september 2012, punt 62-63, <http://www.curia.europa.eu>

²⁷ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8; C. VON BAR, E. CLIVE, en H. SCHULTE-NÖLKE, e.a., Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DFCR), München, Sellier European Law Publishers, 2008, 395; http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 62-63; W. DE MEESTER, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken – Hoeveel vrijheid heeft België nog?”, *Jura Falc.* 2008-09, 49. (Hierna: W. DE MEESTER, “De omzetting”)

²⁸ W. DE MEESTER, “De omzetting”, supra vn 27, 53; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, supra vn 3, 357.

²⁹ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, COM (2008) 614 def; G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, supra vn 7, 113.

³⁰ C. CAUFFMAN, M. FAURE en T. HARTLIEF, “Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?”, *Contracteren* 2010, 72.

³¹ E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht” in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS EN A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 120.

³² H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 63 en 91.

³³ Art 40 Voorstel Richtlijn Consumentenrechten; E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht” in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS EN A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 122.

HOOFDSTUK 2 PRINCIPE VAN AMBTSHALVE TOETSING

§1 BEGRIPSOMSCHRIJVING

1.1 NIET BINDEN

9. Uit artikel 6, lid 1 van de Richtlijn 93/13 volgt dat bij gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen verkoper en consument deze bedingen de consument ‘niet-binden’. In het voorzien van een sanctie is er bewust gekozen voor een neutraal begrip, zie *infra* nr.42. De nationale wetgever zal deze sanctie, die rust op het gebruik van oneerlijke bedingen, concreet, doeltreffend en met geschikte middelen moeten invullen.³⁴ De algemene toetsingsnorm vervat in artikel 3 geeft de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid om clausules in overeenkomsten te toetsen op rechtmatigheid.³⁵ Hieruit volgt dat het ontbreekt aan een uitdrukkelijke bepaling die de nationale rechter verplicht ambtshalve het oneerlijk karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten vast te stellen en weigeren toe te passen.³⁶

10. Bepaalde rechtsleer meent dat de notie van het ‘niet binden’ toch gezien moet worden als een plicht om te voorzien in ambtshalve toetsing. Het argument daarvoor steunt op de vereiste om de doelstelling van het niet gebonden zijn te bereiken, waardoor elke nationale regelgeving wat betreft de sanctionering van oneerlijke bedingen moet voorzien in een initiatiefrecht voor de rechter. Zonder dit initiatiefrecht is het consumentenrecht immers uitgehold.³⁷ Dit beschermingsbeginsel staat evenwel op gespannen voet met het beginsel van contractsvrijheid. Waardoor het gebruiken van de Richtlijn 93/13 om oneerlijke bepalingen binnen een contract aan te pakken controversieel is.³⁸

Zoals WEATHERILL, mijn inziens, correct duidde, is het idee van vrije onderhandelingen een mythe in de wereld van massaproductie, die de consument geen andere keuze laat dan het accepteren van standaardclausules en voorwaarden. Derhalve is een beschermingsmechanisme, met het oog op de globalisering, een acceptabel weerwoord.³⁹ Ambtshalve toetsing wordt daarom gezien als ingrijpen buiten de partijen om en meer nog als een adequaat beschermingsmechanisme voor consumenten.⁴⁰ De Richtlijn 93/13 kan dan ook gezien worden als de eerste effectieve implementatie van Unie-recht in het nationaal contractenrecht, hoewel dit een aspect is dat traditioneel onder de nationale soevereiniteit

³⁴ Art. 7 Richtlijn 93/13; S. PRECHAL, “Ambtshalve toetsen”, *supra* vn 17, 104-106; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Jb Hand.Med.*2009, 208 (Hierna: S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”; M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, 281. (Hierna: M. TENREIRO, “The Community Directive”)

³⁵ COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 17.

³⁶ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 208.

³⁷ H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law? A note on Ex Officio Application after Asturcom”, *ERPL* 2010, 848 (Hierna: H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”); S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 945. (Hierna: S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”)

³⁸ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 208.

³⁹ S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Elgar, 114.

⁴⁰ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht”, *RM Themis* 2009, 191 -192. (Hierna: A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”)

valt.⁴¹ Het gebruik van de term ‘niet binden’ werd in de hierna te bespreken arresten door het Hof van Justitie gepreciseerd in die zin dat de bedoelde ‘niet bindendheid’ ambtshalve door de rechter moet kunnen worden opgeworpen.⁴²

§2 TOETSINGSMAATSTAAF

11. In principe zal de rechter in de praktijk eerst nagaan of een beding al dan niet strijdig is met een bepaling uit de lijst(en) van onrechtmatige bedingen.⁴³ Indien het beding niet op de lijst onder te brengen is, zal men het beding toetsen aan de algemene toetsingscriteria.⁴⁴

2.1 LIJST

12. In de Richtlijn 93/13 is een lijst opgenomen ter concretisering van de open norm.⁴⁵ Artikel 3, 3^e lid bevat een verwijzing waar zij als ‘*indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt*’ wordt omschreven.⁴⁶ De concrete draagwijdte blijft volgens HONDIUS onduidelijk.⁴⁷ CAMBIE stelt daarom dat de lijst vooral de bedoeling heeft om de rechter te helpen bij de beoordeling en een meer gedetailleerde en praktische uitwerking van het begrip ‘oneerlijk beding’ te vormen.⁴⁸ De Commissie heeft bevestigd dat de lijst gezien moet worden als een nuttige indicator en zal bijdragen om de algemene criteria van artikel 3 te specificeren.⁴⁹ WILHELMSSON daarentegen argumenteert dat ‘indicatieve’ niet noodzakelijk impliceert dat de lijst geen rechtsgevolgen heeft, maar dat de lijst ervoor zorgt dat de bewijslast wordt omgedraaid.⁵⁰

In het arrest *Freiburger Kommunalbauten*, alsook *Pénzügyi* heeft het Hof bevestigd dat het slechts gaat om een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen.⁵¹ MICKLITZ merkt terecht op dat door de lidstaten een appreciatiemarge te geven inzake de interpretatie van lijst, het Hof zelf haar eigen appreciatiemarge impliciet verruimd heeft.⁵² De lijst kan dus als een ‘grijze lijst’ gekwalificeerd worden, waarin bedingen staan die verondersteld worden oneerlijk te zijn, maar waarvan de verkoper het tegenbewijs kan leveren. Dit tegenbewijs zal voornamelijk bestaan uit het aantonen van de goede

⁴¹ G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 1, 93.

⁴² C. CAUFFMAN, M. FAURE EN T. HARTLIEF, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 144-145.

⁴³ Art. 74 en *ex* artikel 31 WHPC; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 152, nr. 174.

⁴⁴ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 336.

⁴⁵ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 568, nr. 969.

⁴⁶ E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht” *supra* vn 4, 110.

⁴⁷ Art. 3, 3^e lid Richtlijn 93/13; E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht” *supra* vn 4, 110.

⁴⁸ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 152, nr. 174.

⁴⁹ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM/90/322 Final, PB. C, 28 september 1990, 2 (Hierna: Richtlijnvoorstel); E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht” *supra* vn 4, 110.

⁵⁰ H. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts” in H. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Antwerpen, Intersentia 2009, 145, nr. 324. (Hierna: H. MICKLITZ, “Unfair terms”)

⁵¹ HvJ C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, 1 april 2004, *Jur.* 2004, I, 3403, r.o. 20 (Hierna: HvJ C-237/02, *Freiburger*); HvJ C-243/08 *Pannon GSM Zrt. V. Erzsébet Sustikné Györfi*, 4 juni 2009, *Jur.* 2009, I, 4713, r.o. 38 (Hierna: HvJ C-243/08, *Pannon*); HvJ C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. tegen Ferenc Schneider*, 9 november 2010, *Jur.* 2010, I, 10847, r.o. 42. (Hierna: HvJ C-137/08 *Pénzügyi*)

⁵² H. MICKLITZ, “Unfair terms”, *supra* vn 50, 146, nr. 324.

trouw bij het hanteren van die bedingen. Bepaalde lidstaten hebben echter geopteerd om de lijst ‘zwart’ te maken, waardoor bedingen die daarin opgenomen zijn onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.⁵³

13. In een eerder voorstel was de lijst nog ‘mandatory’, maar bij gebrek aan overeenstemming tussen de lidstaten over de inhoud van de lijst werd dit geschrapt.⁵⁴ Het feit dat de lijst indicatief is voor de rechter betekent niet dat dit evenzeer het geval is voor de wetgever. Met andere woorden dient de lijst uitdrukkelijk opgenomen te zijn in de *corpus* van de omzettingwet. Dit gaf aanleiding tot de zaak *Commissie tegen Zweden*, vermits Zweden ter omzetting de lijst enkel had opgenomen in de voorbereidende werken. Het Hof heeft evenwel deze omzettingwijze aanvaard met het oog op de belangrijke rol die de voorbereidende werken spelen in de Scandinavische rechtsstelsels.⁵⁵

2.2. ALGEMENE OPEN NORM

14. De criteria van de open norm zijn vervat in artikel 3 van de Richtlijn 93/13, waarbij een beding als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Ingevolge het *Freiburger Kommunalbauten* en het *Pohotovost* arrest zijn zij slechts een *in abstracto* omschrijving van elementen die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.⁵⁶ Het aanvankelijke voorstel van de Commissie gaf vier criteria⁵⁷ ter beoordeling van de onrechtmatigheid, later werd dit teruggebracht tot twee criteria.⁵⁸ Op basis hiervan zal de rechter met in achtneming van alle omstandigheden mogen toetsen. Van belang hierbij zijn de aard van de goederen, de omstandigheden rondom de sluiting en de samenhang met andere bedingen van de overeenkomst waaraan de betrokken overeenkomst ondergeschikt zou zijn.⁵⁹ Aldus heeft de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid om de clausules uit consumentenovereenkomsten te toetsen op hun rechtmatigheid. Hierbij moet worden benadrukt dat wanneer het beding niet verboden is op basis van één van de bedingen uit de ‘lijst’, de rechter toch kan toetsen op basis van de open norm als een belangrijke subsidiaire bescherming aan de consument.⁶⁰

⁵³H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 90-91 en 99-100.

⁵⁴Richtlijnvoorstel, *supra* vn 49, 2; E. HONDIUS, “Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten” *NTBR* 1993, afl. 6, 110.

⁵⁵HvJ C-478/99, *Commissie v. Zweden*, 7 mei 2002, *Jur.* 2002, I, 4147; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 152, nr. 174.

⁵⁶HvJ C-76/10, *Pohotovost*, *supra* vn 19, r.o. 56; HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 19.

⁵⁷ 1. Aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument; 2. Uitvoering van de overeenkomst die overmatig in het nadeel van de consument uitvalt; 3. Uitvoering van de overeenkomst wijkt af van hetgeen de consument regelmatig kon verwachten; 4. Onverenigbaar met de eisen van goede trouw.

⁵⁸Richtlijnvoorstel, *supra* vn 49, 2; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 149, nr. 171.

⁵⁹H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 82; Advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen over de omzetting van de richtlijn 93/13/eeg van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 19 september 1996, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB2_tcm325-74384.pdf, 5-6.

⁶⁰ Art. 4, 1^e lid Richtlijn 93/13; COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 17-18; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 209; H. DE BAUW, *Becomentarieerd wetboek handelspraktijken 2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 59.

2.2.1. AANZIENLIJK ONEVENWICHT

15. Het begrip ‘aanzienlijk onevenwicht’ moet worden begrepen als een waarborg voor de juridische gelijkheid tussen de contractpartijen, waardoor een gelijkwaardigheid in de wederzijdse rechten en verplichtingen van de partijen wordt beoogd.⁶¹ In die context zal er rekening gehouden worden met de elementen in artikel 7. De vergelijking zal op twee punten gebeuren, enerzijds de vergelijking van de wederzijdse plichten en anderzijds datgene waarmee men het evenwicht of de verstoring zou vergelijken.⁶² Tijdens de onderhandelingen bleek dat er weinig overeenstemming was over de praktische toepassing van dit criterium. De enige bruikbare informatie voor het omschrijven van het concept blijkt de parameter van de ‘ideale balans’ te zijn als referentie voor het aantonen van een ‘aanzienlijk onevenwicht’. Een duidelijke afbakening van de grens tussen deze twee begrippen werd er echter niet gemaakt. De focus lag voornamelijk op de samenhang met het andere criterium ‘goede trouw’.⁶³ Dit blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof die aangeeft dat het *in abstracto* moeilijk is om aan te geven wanneer een wezenlijke verstoring optreedt.⁶⁴

2.2.2. GOEDE TROUW

16. Het andere basisprincipe is het vereiste van goede trouw. De belangrijkste inspiratiebron vormt de ‘Geboten van Treu und Glauben’ uit het Duitse recht. De goede trouw is daar zowel een voorwaarde bij de uitvoering, als bij de totstandkoming van de overeenkomst.⁶⁵ In eerste instantie werd dit vereiste uit het gewijzigde voorstel van 1992 gehaald, vermits bepaalde lidstaten een duidelijke aversie te kennen gaven.⁶⁶ Het betrof immers een term vreemd aan hun eigen rechtssysteem. Later werd het begrip toch opgenomen in de definitie van oneerlijk beding.⁶⁷ De Europese wetgever was van mening dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter dit aangevuld moest worden met een middel ter afweging van de verschillende belangen die in het geding zijn zonder dat de solidariteitsgedachte werd aangetast.⁶⁸

⁶¹ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 167.

⁶² H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 85.

⁶³ V. ROPPO, “La définition du caractère abusive” in La Directive «CLAUSES ABUSIVES» Cinq ans après - Évaluation et perspectives pour l’avenir, Conférence de Bruxelles 3 juli 1999, 13, http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf

⁶⁴ HvJ C-478/99, *Commissie v. Zweden*, 7 mei 2002, Jur. 2002, I, 4147, r.o. 17; HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 19; W. VAN BOOM EN R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht” in F. DE LY, K. HAAK, W. VAN BOOM, *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag, BJU 2006, 146. (Hierna: W. VAN BOOM EN R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn”)

⁶⁵ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 150-151; M. FLAMEE EN K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijnen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, 36.

⁶⁶ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM/92/66 final, PB. C. 73, 24 maart 1992, 7.

⁶⁷ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 149, nr. 171.

⁶⁸ M. FLAMEE EN K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, 36.

17. Over de inhoudelijke invulling bestaat dan ook enige onduidelijkheid. SWAENEPOEL onderscheidt hierin twee invalshoeken. De ‘*fair and open dealing*’, waarin de professionele partij verplicht is de consument informatie te verschaffen over zijn contractuele rechten, alsook de *substantiële invulling*, waarbij de goede trouw verder gaat dan het loutere procedurele aspect. De professionele partij dient ook rekening te houden met de legitieme belangen van de consument als een vorm van contractuele solidariteit. Beide invalshoeken liggen echter vervat in overweging 16.⁶⁹ In die overweging wordt bijzonder gelet op de onderhandelingsposities van de partijen, de wijze waarop de consument ertoe is aangezet om het beding te accepteren en het al dan niet specifieke karakter van de goederen of diensten door de consument.⁷⁰ Men voldoet ten slotte aan goede trouw, wanneer er eerlijk en rechtvaardig omgegaan wordt met de andere partij en rekening houdend met de legitieme belangen. Met andere woorden geeft de ‘goede trouw’ aan dat zolang het beding redelijk te rechtvaardigen is, er geen sprake kan zijn van een oneerlijk beding. In beginsel zal goede trouw worden vermoed, maar dit kan worden omgekeerd wanneer er gelet op alle omstandigheden sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument.⁷¹

2.2.3. VERHOUDING TUSSEN DE BEIDE CRITERIA

18. Hoe deze criteria zich tot elkaar verhouden is niet geheel duidelijk en hierdoor is de rechtsleer enigszins verdeeld.⁷² Het dient in deze dan ook te worden aangehaald dat de toelichting in de Richtlijn 93/13 de goede trouw bestempelde als een aanvullend beoordelingscriterium bij de vaststelling van het onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen. Deze bepaling werd evenwel niet opgenomen in het uiteindelijke richtlijnvoorstel, waardoor de gelding in het gedrang kan komen.⁷³

Bepaalde auteurs, waaronder TENREIRO, wijzen er dan ook op dat er cumulatief moet worden voldaan om te kunnen besluiten van een oneerlijk beding.⁷⁴ Vervolgens zijn er een aantal auteurs die de goede trouw en het onevenwichtscriterium als samenhangend beschouwen, waardoor ze niet als een zelfstandig criterium kunnen worden beschouwd. Hoe groter het onevenwicht, des te minder de handelaar als te goeder trouw wordt beschouwd.⁷⁵ Anderen daarentegen beschouwen de twee criteria als alternatieven die afzonderlijk moeten worden bekeken.⁷⁶ SWENNEN ziet in deze strekking een variant van de voorgaande als men groter en minder groot tot aan de margelijntrekt.⁷⁷

⁶⁹ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 548, nr. 931; M. TENREIRO, “The Community Directive”, supra vn 34, 278.

⁷⁰ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 84.

⁷¹ Overweging 48 Richtlijnvoorstel en 16 Richtlijn 93/13; M. FLAMEE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijnen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, 36.

⁷² P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 150, nr. 172.

⁷³ Overweging 16 Richtlijnvoorstel

⁷⁴ M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, 282; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 150, nr. 172.

⁷⁵ COB, *Advies 2010*, supra vn 18, 18; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 83; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 548, nr. 930.

⁷⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn, 227.

⁷⁷ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 83.

De Commissie stelde in ieder geval al dat de goede trouw in geen enkel geval een bijkomende vereiste is wanneer de rechter zou vaststellen dat het beding ‘kennelijk onevenwichtig’ is.⁷⁸ Deze benadering zou mijn inziens de voorkeur verdienen, vermits de ‘goede trouw’ als begrip niet eigen is aan elk Europees rechtstelsel. Met name de Scandinavische landen en het Verenigd Koninkrijk hanteren dit begrip in beginsel niet. Dit heeft tot gevolg dat de invulling die er aan het begrip wordt gegeven kan verschillen van land tot land.⁷⁹ Daarnaast komt het de rechtszekerheid niet ten goede wanneer de consument, naast het feit dat het beding kennelijk onevenwichtig is, moet aantonen dat het ook in strijd is met de goede trouw.⁸⁰

2.3. CONTEXTUELE BEOORDELINGSCRITERIA

19. Artikel 4, lid 1 Richtlijn 93/13 somt drie beoordelingscriteria op, waarbij overweging 16 nog verwijst naar de bijkomende elementen, zoals reeds besproken. Het oneerlijk karakter zal worden beoordeeld op het tijdstip van de contractsluiting. Andere omstandigheden of criteria die een invloed hebben op de rechtmatigheid van een beding kunnen, gezien de ruime appreciatiemarge, eveneens in aanmerking genomen worden. Het gaat om een concrete persoonlijke en globale beoordeling. Hieronder vallen onder meer de invloed en samenhang van andere contractuele bedingen, aard van de producten, de wederzijds kenbare belangen en de legitieme verwachtingen. Het transparantievereiste valt sinds de verduidelijking door het Hof hier eveneens onder, zie *supra* nr. 7.⁸¹ In *Pereničová* heeft het Hof geoordeeld dat de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk, een van de elementen kan zijn, maar dit element volstaat niet als zodanig om te spreken van een oneerlijk beding.⁸²

⁷⁸ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 150, nr. 172.

⁷⁹ S. WEATHERILL, “Prospects for the Development of European Private Law through ‘Europeanisation’ in the European Court”, *ERPL* 1995, 322, nr. 10; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 150, nr. 172.

⁸⁰ S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148), 153.

⁸¹ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 553-566, nr.938-964; E. SWAENPOEL, S. STIJNS EN P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen”, *DCCR* 2009, 171, nr. 84-85.

⁸² HvJ C-453/10 *Pereničová en Perenič*, 15 maart 2012, ongepubl., <http://www.curia.europa.eu> r.o.43-44. (Hierna: HvJ C-453/10 *Pereničová*)

§3 AMBTSHALVE TOETSING IN CONSUMENTENZAKEN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET HVJ

20. De rol van het Hof beperkt zich tot de prejudiciële vragen inzake de juiste omzetting, dan wel interpretatie van de Richtlijn.⁸³ Het dient te worden benadrukt dat het niet aan het Hof toekomt na te gaan of de nationale wet, waarin de Richtlijn is omgezet, juist is toegepast.⁸⁴ Echter deze scheidingslijn is summier, zoals AG SAGGIO stelt inzake het *Océano* arrest.⁸⁵ In ieder geval is de uitlegging, dan wel interpretatie die het Hof geeft, er een van het recht. De door de Europese wetgever gebruikte criteria kunnen door het Hof worden gebruikt teneinde het begrip ‘oneerlijk beding’ te definiëren. Sinds *Océano* lijkt het Hof zich verder in te spannen door nationale rechters aanwijzingen te geven voor de toepassing van het richtlijncriterium ‘oneerlijk’. Deze aanwijzingen leidden uiteindelijk tot het opleggen van een ambtshalve plicht tot toetsing aan de nationale rechters.⁸⁶

A. OCÉANO

21. Het eerste arrest binnen deze materie is *Océano*,⁸⁷ waarbij de Spaanse rechter twijfels had omtrent zijn bevoegdheid inzake een bevoegdheidsbeding dat was opgenomen in een verkoopovereenkomst tussen consumenten en de verkoper van encyclopedieën. Het Hof antwoorde dat de bescherming die de richtlijn biedt, inderdaad vereist dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechte aanhangig gemaakte vordering ambtshalve kan toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst nietig is.⁸⁸

Echter, na deze uitspraak bleven er omtrent een aantal zaken onzekerheid bestaan. Allereerst de vraag of men deze uitspraak van het Hof kon doortrekken naar andere bedingen dan bevoegdheidsbedingen. Vervolgens riepen de bewoordingen ‘ambtshalve *kunnen* toetsen’ ook de nodige bedenkingen op.⁸⁹ Dit doet immers vermoeden dat de rechter enkel over een mogelijkheid beschikt en niet over een plicht tot ambtshalve toetsing. VERHAEGEN merkt in die zin terecht op dat deze opvatting niet strookt met de stelling van het Hof, dat ambtshalve toetsingsbevoegdheid een geschikt middel is om het beoogde resultaat van artikel 6 Richtlijn 93/13 te bereiken. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat in de gevallen waarin de rechter niet tot ambtshalve toetsing zou overgaan, de beoogde bescherming voor die

⁸³ Art. 267 VWEU

⁸⁴ Artikel 258-260VWEU; G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive“, *supra* vn 7, 97-98.

⁸⁵ Concl. Adv. Gen. SAGGIO in zaak C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 16 december 1999, Jur. 2000, I, 4943, punt 18 en verder verduidelijkt in: HvJ C-76/10, *Pohotovost’*, *supra* vn 19, r.o. 78-81.

⁸⁶ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 360-361.

⁸⁷ HvJ C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 27 juni 2000, Jur. 2000, I, 4941. (Hierna: HvJ C-240/98 *Océano*)

⁸⁸ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 208, 210, nr. 4.

⁸⁹ HvJ C-240/98 *Océano Grupo*, *supra*, vn 87, r.o. 29; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, *supra* vn 37, 940, nr. 37.

consumenten niet werd gerealiseerd.⁹⁰ Het volgende arrest heeft een antwoord geboden op de vraag of de toetsingsbevoegdheid zou gelden voor alle oneerlijke bedingen.

B. COFIDIS

22. In het arrest *Cofidis* werd een consument door de kredietinstelling Cofidis gedagvaard vanwege het nalaten van de aflossingsbetalingen.⁹¹ De Franse rechter oordeelde dat bepaalde bedingen in de kredietovereenkomst oneerlijk waren. Ingevolge een nationale regel, die in een vervaltermijn van 2 jaar voorziet voor vorderingen inzake consumentenkrediet, was nietigverklaring onmogelijk.⁹² De verwijzende rechter stelde de prejudiciële vraag of de door de richtlijn aan de consument verstrekte bescherming zich verzet tegen een regelgeving die, in het kader van een vordering die door een verkoper is ingediend tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst, de nationale rechter verbiedt om na het verstrijken van een vervaltermijn ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in die overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is.⁹³

Het Hof gaf in het arrest te kennen dat de ambtshalve toetsingsbevoegdheid gold voor alle mogelijke oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en dus niet enkel bij onderzoek naar de ontvankelijkheid.⁹⁴ Hierbij verwees het Hof nogmaals naar de geschiktheid van het middel van ambtshalve toetsing, voor het bereiken van het in artikel 6 van de Richtlijn voorgeschreven resultaat, alsook om de verwezenlijking van het doel van artikel 7 te bevorderen. Deze bevoegdheid van de rechter wordt immers noodzakelijk geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen, onder meer vanwege de kosten van een vordering in rechte.⁹⁵

Het hier navolgend arrest lijkt echter in eerste instantie deze bevoegdheid terug in te perken, maar dit vereist enige nuance.

⁹⁰ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *supra* vn 2, 210-211, nr. 8.

⁹¹ HvJ C-473/00 *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*, 21 november 2002, *Jur.* 2002, I, 10875. (Hierna: HvJ C-473/00 *Cofidis*); S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 211-212, nr. 9-10.

⁹³ HvJ C-473/00 *Cofidis*, *supra* vn 91, r.o. 16.

⁹⁴ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 211-212, nr. 9-10.

⁹⁵ HvJ C-240/98 *Océano*, *supra* vn 87, 26; HvJ C-473/00 *Cofidis*, *supra* vn 91, r.o. 32-34.

C. FREIBURGER KOMMUNALBAUTEN

23. De zaak *Freiburger Kommunalbauten* heeft betrekking op de aankoop door het echtpaar Hofstetter van een nog te bouwen privé parking door Freiburger Kommunalbauten.⁹⁶ Hierover werd een overeenkomst gesloten, die echter een beding bevatte die de consument verplichtte tot vooruitbetaling van een aannemingssom. De aannemer had daartegenover een bankgarantie gesteld. Nadat het echtpaar weigerde de prijs te betalen totdat het goed werd opgeleverd ontstond er een dispuut voor de rechtbanken van Duitsland.

Daarin stond centraal dat hoewel het beding naar Duits recht geen oneerlijk beding vormt, in het licht van de verscheidende regelingen binnen de lidstaten het beding evenwel als oneerlijk beschouwd zou kunnen worden. Een prejudiciële vraag of er sprake was van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn 93/13 volgde.⁹⁷ Het Hof oordeelde dat het niet de bevoegdheid heeft om in specifieke gevallen over te gaan tot het beoordelen van oneerlijke bedingen. Enkel op grond van algemene criteria, zoals werden opgenomen in de richtlijn, kan het Hof overgaan tot het beoordelen of een beding al dan niet oneerlijk is. De toepassing van deze criteria komt toe aan de nationale rechtbanken, die dan op grond van specifieke omstandigheden het oneerlijke karakter moeten nagaan.⁹⁸ In die zin lijkt dit arrest onverzoenbaar met hetgeen bepaald in het *Océano Grupo* arrest, maar deze vaststelling vereist enige nuance, zie *infra* nr. 31.⁹⁹

D. MOSTAZA CLARO

24. Een eerste stap in de richting van een verplichte ambtshalve toetsing werd gedaan in de zaak *Mostaza Claro*.¹⁰⁰ Mostaza Claro sluit een telefoonabonnement met Móvil. Deze overeenkomst bevat een arbitragebeding, waarin elk geschil met betrekking tot de overeenkomst zou worden beslecht door de AEADE. Wegens het niet nakomen van de minimum abonnementsperiode heeft Móvil de arbitrageprocedure ingeleid. Hierop werd per brief een termijn van 10 dagen toegekend, waarbinnen Mostaza Claro deze procedure kon weigeren en een beroep in rechte kon instellen. Daarop heeft zij opmerkingen gemaakt over de grond van het geschil, maar de arbitrageprocedure niet van de hand gewezen noch de nietigheid van de arbitrageovereenkomst opgeworpen. Vervolgens is het geschil door de AEADE te haren nadele beslecht.

Hierna heeft Mostaza Claro het arbitraal vonnis voor de verwijzende rechter aangevochten met het betoog dat aangezien het arbitragebeding oneerlijk was, de door haar gesloten arbitrageovereenkomst nietig was. In de verwijzingsbeslissing heeft de Audiencia Provincial de Madrid vastgesteld dat de

⁹⁶HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 10-13.

⁹⁷HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 14.

⁹⁸HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 25; W. DE MEESTER, "De omzetting", *supra* vn 27, 53.

⁹⁹HvJ C-240/98 *Océano*, *supra* vn 87, r.o. 21-24.

¹⁰⁰HvJ C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, 26 oktober 2006, *Jur.* 2006, I, 10421. (Hierna: HvJ C-168/05 *Mostaza Claro*)

arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat en dat deze derhalve nietig is. Echter deze nietigheid werd niet opgeworpen in het kader van de arbitrageprocedure, waardoor de rechter teneinde het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn, besloot een prejudiciële vraag te stellen.¹⁰¹ Hierbij werd gevraagd of de Richtlijn op die wijze moet worden uitgelegd dat de rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en het vonnis nietig verklaart wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat, wanneer deze nietigheid voor het eerst in het kader van het beroep tot vernietiging is opgeworpen, en niet tijdens de arbitrageprocedure.

25. Het Hof beroept zich in de overwegingen wederom op de zwakkere onderhandelingspositie van de consument, die enkel door een positief ingrijpen buiten de partijen om bij de overeenkomst worden opgeheven.¹⁰² De ambtshalve toetsing moet beschouwd worden als een geschikt middel, zowel om het in artikel 6 van de Richtlijn 93/13 beoogde resultaat te weten te verhinderen dat de consument door een oneerlijk beding wordt gebonden te bereiken, alsook om de verwezenlijking van het doel, de daadwerkelijke bescherming, te waarborgen. Er bestaat immers een redelijk risico dat de consument zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen. Daarom oordeelt het Hof dat het gerechtvaardigd is dat de nationale rechter dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is.¹⁰³ Ook wanneer de consument die nietigheid enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.¹⁰⁴ PAVILLON leest in deze rederning een syllogisme.¹⁰⁵

In deze arresten is er een tendens op te merken die de opdracht wat betreft de ambtshalve toepassing van het Europees consumentenrecht steeds dwingender en verregaander oplegt.¹⁰⁶

E. PANNON

26. Hierin wordt de vraag naar de verplichting tot ambtshalve toetsing die rees na het *Océano* arrest grotendeels verduidelijkt.¹⁰⁷ GSM operator Pannon sluit een overeenkomst voor telefoniediensten af met de Hongaarse Györfi. Zij blijft echter in gebreke de contractuele verplichtingen na te komen, waardoor zij een dagvaarding ontvangt voor een rechter 275 Km verderop.¹⁰⁸ Het forumbeding in de leveringsvoorwaarden bepaalt immers dat de rechter van de plaats van vestiging van Pannon bevoegd

¹⁰¹ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro supra* vn 100, r.o. 16-19.

¹⁰² HvJ C-168/05 *Mostaza Claro supra* vn 100, r.o. 25-26; HvJ C-240/98 *Océano, supra* vn 87, r.o. 26-27.

¹⁰³ E. SWAENENPOEL, “Rechter moet oneerlijk beding in consumentencontract ambtshalve toetsen”, *Juristenkrant* 2009, afl. 193, 6. (Hierna: E. SWAENENPOEL, “Rechter moet oneerlijk beding”); C. PAVILLON, “Dutch case note on *Mostaza Claro*” *ERPL* 2007, 737.

¹⁰⁴ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro supra* vn 100, r.o. 39.

¹⁰⁵ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro supra* vn 100, r.o. 25-31 en 35-38; C. PAVILLON, “De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen”, *NTBR* 2007, afl. 4, 150. (Hierna: C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”)

¹⁰⁶ C. CHENEVIERE, “Arrêts Pannon et Asturcom : Le caractère abusif des clauses attributives de compétence dans la lignée de la jurisprudence *Océano*”, *REDC* 2010, afl. 2, 351-352. (Hierna: C. CHENEVIERE, “Arrêts Pannon et Asturcom”)

¹⁰⁷ HvJ C-243/08 *Pannon, supra* vn 51; C. CHENEVIERE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 356.

¹⁰⁸ E. SWAENENPOEL, “Rechter moet oneerlijk beding” *supra* vn 103, 6; C. CHENEVIERE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 352.

zal zijn.¹⁰⁹ Zonder forumkeuzebeding, zou evenwel ingevolge het Hongaarse recht de rechtbank van de woonplaats van Győrfi bevoegd zijn. De rechter merkte op dat de vaste woonplaats van Győrfi, die een invaliditeitsuitkering ontving, zich bevindt in Dombegyház, op 275 Km van Budaörs, en verduidelijkte dat de transportmogelijkheden erg beperkt zijn. De rechter twijfelt of het forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden van het betrokken contract mogelijk oneerlijk is, en stelt daarom drie prejudiciële vragen.¹¹⁰ Hieronder ook de vraag of hij ambtshalve moet nagaan of een beding oneerlijk is bij het onderzoeken van zijn eigen territoriale bevoegdheid.¹¹¹

27. Het Hof verduidelijkt dat de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen geen mogelijkheid is, maar het is evenwel niet de bedoeling dat men steeds elk beding gaat toetsen op onrechtmatigheid.¹¹² Enkel wanneer de nationale rechter beschikt over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, zal hij verplicht zijn ambtshalve te toetsen of het contractueel beding oneerlijk is.¹¹³ De nationale rechter is dan niet alleen bevoegd om het eerlijke karakter van een contractueel beding te beoordelen, hij moet dit ambtshalve doen, ook wanneer hij zijn eigen territoriale bevoegdheid onderzoekt.¹¹⁴ Blijkt een clause naar zijn oordeel oneerlijk, dan moet dat beding buiten toepassing worden gelaten, tenzij de consument de oneerlijkheid van het beding niet wil inroepen. In dat geval zal de rechter het beding niet nietig verklaren, waaruit men kan afleiden dat de ambtshalve toetsing niet een plicht tot effectieve nietigverklaring inhoudt.¹¹⁵ Daarnaast moet binnen het kader van de nationale rechtsregels deze ambtshalve toetsing mogelijk zijn.

F. ASTURCOM

28. In *Asturcom* stelt de rechter vast dat het opgenomen arbitragebeding in de mobiele telefoonovereenkomst tussen Nogueira en Asturcom oneerlijk is.¹¹⁶ De kosten die de consument moet maken om zich naar de zetel van de arbitrage instantie te begeven zijn *in casu* hoger dan het bedrag waarop het hoofdgeding betrekking heeft. Daarnaast is de gekozen arbitrage zetel niet in de overeenkomst vermeld en te ver verwijderd van de woonplaats van de consument. De Spaanse wet voorziet inzake de arbitrage niet in een mogelijkheid voor de scheidsrechters om zich ambtshalve te beroepen op de nietigheid van het arbitrage beding. Daarnaast bevat deze wetgeving ook geen bepaling inzake de beoordeling van het oneerlijk karakter van arbitragebeding door de rechter die bevoegd is voor de tenuitvoerlegging van het definitieve arbitrale vonnis.¹¹⁷

¹⁰⁹ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 13.

¹¹⁰ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 16-19.

¹¹¹ E. SWAENENPOEL, "Rechter moet oneerlijk beding", *supra* vn 103, 6.

¹¹² S. VERHAEGEN, "De ambtshalve toetsing", *supra* vn. 34, 212-213, nr. 14-15.

¹¹³ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 35.

¹¹⁴ E. SWAENENPOEL, "Rechter moet oneerlijk beding", *supra* vn 103, 6.

¹¹⁵ S. VERHAEGEN, "De ambtshalve toetsing", *supra* vn. 34, 212-213, nr. 15-16.

¹¹⁶ HvJ C40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, 6 oktober 2009, *Jur.* 2009, I, 9579. (Hierna: HvJ C40/08 *Asturcom*).

¹¹⁷ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 25-27; C. CHENEVIÈRE, "Arrêts Pannon et Asturcom", *supra* vn 106, 357.

Een prejudiciële vraag omtrent deze verenigbaarheid van de Spaanse wet met het gemeenschapsrecht volgt. Hierin is de vraag of de consumentenbescherming van de richtlijn in kan houden dat de rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en bijgevolg het arbitraal vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst ten nadele van de consument een oneerlijk beding bevat. De consument is in het onderhavig arrest volledig passief gebleven, waardoor het Hof deze vraag beantwoordt het in licht van de nationale procedurele autonomie.¹¹⁸

29. Het beginsel van kracht van gewijsde speelt een grote rol in zowel de communautaire als de nationale rechtsorde, maar dit beginsel moet eveneens voldoen aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid zoals die gelden in de nationale procedurele autonomie, zie *infra* nr. 58. Het Hof beantwoordt dan ook de vraag dat wanneer een nationale rechter kennisneemt van een vordering tot gedwongen uitvoering van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis, dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve dient te onderzoeken, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitens en rechtelijk beschikt of het arbitragebeding dat in een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst, oneerlijk is, voor zover hij een dergelijke beoordeling volgens de nationale procesregels in het kader van soortgelijke nationale vorderingen kan verrichten. Indien dit het geval is, dient deze rechter alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende consequenties te trekken, teneinde zich ervan te vergewissen dat de consument door dit beding niet is gebonden.¹¹⁹

Belangrijk in dit arrest is ook de kwalificatie die het Hof geeft aan het Europees consumentenrecht. Art. 6 van de Richtlijn wordt in die zin het maximale gewicht gegeven, maar wel in het licht van de nationale procesrechtelijke regels. De vraag kan dan ook worden gesteld of het vaststellen dat ‘*een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden*’ de bedoeling had aan artikel 6 Richtlijn 93/13 een openbare orde karakter toe te kennen, zie *infra* nr. 61.¹²⁰

¹¹⁸ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, 44, r.o. 38-39; M. VERHOEVEN, “Ambtshalve toetsing op het gebied van consumentenbescherming”, *SEW* 2010, afl. 2, (83) 84-85.

¹¹⁹ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 59; H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 850.

¹²⁰ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 52 en 53; R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing”, *NTER* 2011, afl. 1, 35. (Hierna: R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest”)

§4 BEVOEGDHEID TOT AMBTSHALVE TOETSING OF OOK EEN VERPLICHTING?

1.1. AMBTSHALVE BEVOEGDHEID ‘EX OFFICIO’

30. Uit de arresten *Océano en Codifis* kan worden afgeleid dat er een bevoegdheid bestaat voor de nationale rechter om in het licht van de doelstellingen van de Richtlijn 93/13 over te gaan tot een ambtshalve toetsing.¹²¹ Met name in het licht van beginselen van doeltreffendheid, gelijkwaardigheid en met het oog op de bescherming van consumenten is voor het Hof de ‘ambtshalve toetsing’ een geschikt middel om het doel en resultaat van artikel 6 en 7 Richtlijn 93/13 te bereiken.¹²² Deze consumentenbescherming zal zelfs zo ver gaan, dat het zich verzet tegen nationale regelgeving met bepaalde waarborgen die deze toetsing niet toestaat.¹²³ Derhalve zijn de nationale rechters toegestaan de eerlijkheid van contractuele bedingen na te gaan in het licht van de Richtlijn 93/13.¹²⁴

1.1.1. FREIBURGER – QUID?

31. Deze ambtshalve bevoegdheid lijkt echter door *Freiburger* enigszins ingeperkt. Hoewel het Hof in dit arrest oordeelde dat zij niet de bevoegdheid heeft om in specifieke gevallen te oordelen over oneerlijke bedingen, blijft deze rechtspraak toch verzoenbaar met de principes gesteld in *Océano*.¹²⁵ Het Hof kan in beginsel dus enkel beoordelen op basis van algemene criteria zoals die in de Richtlijn zijn omschreven. Dit neemt niet weg dat in gevallen waarin de oneerlijkheid van het beding dermate duidelijk is, zoals in *Océano* het geval was, het niet noodzakelijk is om de omstandigheden in acht te nemen. Zo probeert het Hof immers een evenwicht te vinden tussen voldoende harmonisatie en de autonomie van de lidstaten en bijgevolg die van de nationale rechter. Algemeen kan dus gesteld worden dat het Hof niet oordeelt over de oneerlijkheid van bedingen, behalve wanneer deze zo duidelijk zijn dat interpretatie niet hoeft en men enkel de algemene criteria van de Richtlijn kan toepassen.¹²⁶ Volgens MICKLITZ opteerde het Hof op deze manier impliciet voor een theorie van rechterlijke terughoudendheid in contractzaken.¹²⁷

Dit is volgens VAN BOOM en KOTTENHAGEN een begrijpelijke redenering van het Hof om de toestroom aan vragen enigszins in te perken.¹²⁸ Daarnaast werpt JONGENEEL op dat het geen kwestie van uitleg van het Europees recht betrof.¹²⁹ SWENNEN sluit zich bij deze opvatting aan en stelt zelfs dat inzake het Europese karakter van de zaak het ‘*hier gaat om gezeur dat de grond mist*’. Vervolgens verwijst hij naar het feit dat het Hof eigenlijk niet meer zegt dat het in een concrete beoordeling van

¹²¹ HvJ C-240/98 *Océano*, *supra* vn 87, r.o.28; HvJ C-473/00 *Cofidis*, *supra* vn 91, r.o. 32.

¹²² HvJ C-120/78 *Rewe-Zentralag v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, *Jur.* 1979, I, 649, r.o. 6; HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 22-24; S. PRECHAL, “Ambtshalve toetsen”, *supra* vn 17, 108.

¹²³ HvJ C-473/00 *Cofidis*, *supra* vn 91, r.o. 16.

¹²⁴ G. STRAETMANS en C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 109.

¹²⁵ HvJ C-237/02, *Freiburger*, *supra* vn 52, r.o. 25; W. DE MEESTER, “De omzetting”, *supra* vn 27, 53; G. STRAETMANS en C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 100.

¹²⁶ W. DE MEESTER, “De omzetting”, *supra* vn 27, 53.

¹²⁷ H. MICKLITZ, “Unfair terms”, *supra* vn 50, 143, nr. 321.

¹²⁸ W. VAN BOOM en R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn”, *supra* vn 64, 147.

¹²⁹ R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest”, *supra* vn 120, 35.

bedingen nodig is te letten op het recht, en dus *in casu* op het recht dat op de overeenkomst van toepassing is.¹³⁰ Hoewel ik mij aansluit bij bovenstaande redeneringen, wil ik er toch op wijzen dat hierdoor wellicht de uniforme toepassing in het gevaar komt.¹³¹

1.2. AMBTSHALVE PLICHT

32. In *Mostaza Claro*¹³² wordt expliciet duidelijk gemaakt dat er sprake is van een verplichting voor de nationale rechter om ambtshalve te beoordelen of bedingen in aan hem voorgelegde consumentenovereenkomsten oneerlijk zijn als bedoeld in de Richtlijn 93/13.¹³³

De ambtshalve plicht wordt afgeleid uit de overwegingen, waarbij een grondslag volgt uit het toepassen van de *Rewe*-formule.¹³⁴ De toepassing volgt, in samenlezing met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, uit het raamwerk van de Richtlijn 93/13, waarin artikel 7 wijst op geschikte en doeltreffende middelen.¹³⁵ Er vindt aldus een afweging plaats tussen de doeltreffendheid van de nationale arbitrale rechtspleging en de effectieve doorwerking van de (bescherming op grond van de) Richtlijn. Hierin schuilt ook de argumentatie ter bescherming van de potentiële zwakkere partij, de consument. De ontwetendheid en onbewustheid van zijn rechten moet worden ondervangen door een systeem van ambtshalve toetsing. Het Hof lijkt hier, volgens PAVILLON, een abstracte invulling te willen geven aan het begrip ‘consument’ in het licht van de Richtlijn 93/13.¹³⁶

33. AG TRSTENJAK verwijst in haar conclusie bij *Asturcom* in eerste instantie naar de ‘bevoegdheid’ die volgt uit *Océano* en *Cofidis*, waardoor de nationale rechter naar goeddunken dit wel of niet kan verrichten. In haar opinie zou een dergelijke lezing niet de beoogde consumentenbescherming en het afschrikkend effect opleveren dat het Hof voor ogen had. In het licht van *Mostaza Claro* moet er derhalve worden besloten dat het gemeenschapsrecht aan de nationale rechter een toetsingsverplichting oplegt.¹³⁷ VAN HUFFEL volgt deze redenering en stelt dat de nagestreefde doelen van het Hof enkel kunnen worden bereikt, indien de nationale rechter over een ambtshalve plicht tot toetsing is gehouden.¹³⁸

34. In de navolgende arresten blijft het Hof de nadruk leggen op de zwakke positie van de consumenten. Hieruit volgt dat wanneer consumenten zelf het oneerlijke karakter van deze bedingen

¹³⁰ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 86-87.

¹³¹ W. VAN BOOM EN R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn”, *supra* vn 64, 147; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 357.

¹³² A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 191 -192; C. CHENEVIÈRE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 354.

¹³³ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 38; Concl. Adv.Gen.TRSTENJAK, in zaak C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, 14 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 9579, punt 54.

¹³⁴ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 25-31 en 35-38; C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”, *supra* vn 105, 150.

¹³⁵ HvJ C-240/98 *Océano*, *supra* vn 87; HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 22-23.

¹³⁶ C. PAVILLON, “Dutch case note on *Mostaza Claro*” *ERPL* 2007, 744-745.

¹³⁷ Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, 14 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 9579, punt 78-81; H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 853.

¹³⁸ M. VAN HUFFEL, “La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts *Océano*, *Heininger* et *Cofidis* de la Cour de Justice”, *REDC* 2003, 97.

aan de orde moeten stellen, dit een beletsel vormt voor het bereiken van de doelstelling. Vooral wanneer het gaat om geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn, dan het gevorderde bedrag en dit kan de consument ontmoedigen zich te verweren tegen een oneerlijk beding.¹³⁹ Voorts stelt het Hof onder meer in de zaak *Pereničová* dat het gaat om een dwingende bepaling die beoogt het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractspartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.¹⁴⁰ Hieruit volgt enerzijds dat de nationale rechters niet alleen de bevoegdheid hebben om tot ambtshalve toetsing over te gaan, maar ook de plicht. Anderzijds moet binnen het kader van de nationale rechtsregels deze ambtshalve toetsing mogelijk zijn.¹⁴¹ Er is in die zin sprake van een toepassing van het Europees consumentenrecht die steeds dwingender en verregaander is.¹⁴²

1.3. REIKWIJDTE VAN DE AMBTSHALVE TOETSING

35. Nu de ambtshalve plicht vaststaat bleef de concrete reikwijdte van deze plicht enigszins onduidelijk tot aan het arrest *Pannon*.¹⁴³ De nationale rechter is gehouden tot ambtshalve toetsing of een contractueel beding oneerlijk is zodra hij over “*de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt*”.¹⁴⁴ De nationale rechter is daartoe ook verplicht wanneer hij onderzoekt of hij *ratione loci* bevoegd is.¹⁴⁵

In het navolgende *Asturcom* werd dit bevestigd, maar bleef onbeantwoord in hoeverre de plicht ook aanwezig is, wanneer er geen sprake is van aanwezige noodzakelijke gegevens.¹⁴⁶ Het Hof lijkt hierdoor zich enkel te willen richten op de feiten die in het geding naar voren werden gebracht en aldus de ambtshalve (onderzoeks)-plicht te beperken. Bepaalde auteurs zien hierin dan ook een eerste ‘begrenzing’ aan de ambtshalve plicht, naast de hieruit voortvloeiende medezeggenschap van de consument.¹⁴⁷

STRAETMANS en CAUFFMAN interpreteren dit niet als een beperking voor de rechter om zich louter te richten op alle feiten die in het onderzoek expliciet naar voren werden gebracht door de partijen om

¹³⁹ S. PRECHAL, “Ambtshalve toetsen”, *supra* vn 17, 105; C. CHENEVIÈRE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 352.

¹⁴⁰ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 28; HvJ 137-08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o. 47; HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o.30.

¹⁴¹ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 191.

¹⁴² G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 109.

¹⁴³ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51.

¹⁴⁴ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 35; G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 109.

¹⁴⁵ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51.

¹⁴⁶ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 32; HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 53; G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 111.

¹⁴⁷ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid van Europees Consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd” in G. STRAETMANS en M. ROZIE, *Doorwerking van het Europees recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 113, nr. 18. (Hierna: A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”)

hun vorderingen en verweren te ondersteunen.¹⁴⁸ De rechter dient over te gaan tot een onderzoek van alle feiten die aanwezig zijn. ANCERY en KRANS zijn eveneens van mening dat de rechter ambtshalve en desnoods buiten de grenzen van geding de oneerlijkheid moet toetsen. De rechter mag evenwel niet verder gaan dan de ingestelde vordering en de feiten die zich in het dossier bevinden.¹⁴⁹ Dit is mijns inziens een correcte, maar verregaande interpretatie er is immers geen specificatie over hoe men tot deze feitenverzameling moet overgaan. Meer nog, het komt aan de nationale procesregels toe deze leemte op te vullen.¹⁵⁰ Al verduidelijkt *Pannon* dat specifieke kenmerken van de gerechtelijke procedure geen factor vormen die de consumenten rechtsbescherming kan doorkruisen, waarmee het spanningsveld met de procedurele autonomie reeds is aangestipt, zie *infra* nr. 53 en 75.¹⁵¹

36. In de navolgende arresten *Pénzügyi*, *Pereničová*, en *Banesto* heeft men deze invulling van de plicht verder verduidelijkt.¹⁵² Het Hof heeft in *Pénzügyi* een onderscheid gemaakt in twee fases van het onderzoek. In eerste instantie komt het aan de nationale rechter toe te onderzoeken of de consument beschermende bepaling wel van toepassing is.¹⁵³ Er werd dus een onderzoeksplicht aangenomen voor de nationale rechter, ook wanneer partijen daar niet om vragen. De tweede fase betreft dan de ambtshalve toetsing of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is. VAN OEVELEN, RUTTEN en DUPON stellen terecht de vraag of een dergelijke onderzoeksplicht ook geldt wanneer het niet gaat zoals *in casu* om een forumbeding, maar op een ander contractueel beding. Het Hof spreekt zich hierover uitdrukkelijk uit, maar EBERS en JONGENEEL zien geen bezwaren om deze lijn door te trekken naar andere contractuele bedingen.¹⁵⁴

Anders dan het Hof, heeft AG TRSTENJAK bij *Pénzügyi* wel een, mijns inziens summier, antwoord geboden op de vraag in hoeverre er een plicht is wanneer niet ‘feitelijk en rechtens’ alle noodzakelijke omstandigheden bekend zijn. Zij stelt dat in beginsel er geen gemeenschapsrechtelijke bepaling is die verplicht tot onderzoek. Voor de bevoegdheden van de nationale rechter geldt daarom het nationale procesrecht.¹⁵⁵ CAUFFMAN en STRAETMANS bekritisieren deze visie, omdat het niet logisch lijkt dat de nationale rechter onder gemeenschapsrecht een onderzoek doet dat verdergaat dan de beschikbare elementen om de werkingssfeer te onderzoeken, maar niet om te bepalen of het beding oneerlijk is.¹⁵⁶

¹⁴⁸ G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 111.

¹⁴⁹ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 199.

¹⁵⁰ G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 111.

¹⁵¹ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN EN F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 113, nr. 18.

¹⁵² HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 28; HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o. 47; HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o.30; HvJ C-618/10, *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 juni 2012, ongepub. <http://www.curia.europa.eu>. (Hierna: HvJ C-618/10, *Banesto*)

¹⁵³ HvJ C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. tegen Ferenc Schneider*, 9 november 2010, *Jur.* 2010, I, 10847, r.o. 50-55.

¹⁵⁴ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN EN F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 105, nr. 13; R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing”, *NTER* 2011, 36; M. EBERS, “Mandatory Consumer Law, Ex officio Application of European Union Law and Res Judicata: From Océano to Asturcom”, 12, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1709347>. (Hierna: M. EBERS, “Mandatory Consumer Law”)

¹⁵⁵ CONCL. ADV. GEN TRSTENJAK in zaak C 137/08, *Pénzügyi*, 6 juli 2010, *Jur.* I, 2010, 10850, punt 48-50; R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest”, *supra* vn 120, 37.

¹⁵⁶ G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 112.

37. Aldus volgde de verdere precisering uit *Pénzügyi* en *Banesto*, waarin de rechter ambtshalve wordt verplicht om instructiemaatregelen te nemen om zo de noodzakelijke grondslagen, rechtens en feitelijk, te verkrijgen.¹⁵⁷ In het eerste stadium van het onderzoek zal dus ongeacht het nationale recht, in alle gevallen nagegaan moeten worden of het onderhavige beding afzonderlijk is onderhandeld. De rechter moet hiervoor beschikking krijgen over het bewijsmateriaal. Het mag aangenomen worden dat hieronder niet alleen feitelijke gegevens worden bedoeld, maar eveneens de andere feitelijke elementen die de rechter ter beschikking staan. Immers in *Pereničová* werd bevestigd dat de nationale rechter de taak heeft de beoordeling te doen tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het betrokken geval.¹⁵⁸ Het nationale recht zal bepalend zijn met betrekking tot de rechten en plichten van partijen.¹⁵⁹

Daarop volgt het tweede stadium om ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is.¹⁶⁰ Hiervoor dient de rechter onderzoek te doen naar de feitelijke gronden, ongeacht de beperkingen die het nationale recht aan een dergelijk onderzoek verbindt. In *Pénzügyi* bleef de draagwijdte van de rechterlijke rol onverduidelijkt, maar in *Banesto* benadrukt het Hof terug het belang van de ‘*mandatory public policy*’ van de consumentenbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel. Indien het nationale recht het in de regel niet zou toestaan om in te grijpen, zal men op dit punt het nationale recht opzij kunnen schuiven. De ambtshalve bevoegdheid om in te grijpen vloeit op deze manier rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, zodat de toepassing van andersluidende nationale procedure regels op grond van de voorrang van Unierecht achterwege moeten blijven.¹⁶¹

Door deze invulling te geven beantwoorde het Hof een vraag die in het arrest *Pannon* nog open was gelaten, namelijk op welke wijze dit precies diende te gebeuren.¹⁶² Met deze arresten heeft het Hof de draagwijdte van de ambtshalve plicht tot toetsing door de nationale rechter verduidelijkt en dus enigszins beperkt.¹⁶³ Hieruit volgt het spanningsveld tussen de procedurele autonomie en het feit dat de consument ingevolge deze uitgebreide onderzoeksplicht geniet van een versterkte processuele positie.¹⁶⁴

¹⁵⁷ HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o.48; HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 43.

¹⁵⁸ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 43-44; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 367.

¹⁵⁹ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 381.

¹⁶⁰ HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o. 51-53 en 56.

¹⁶¹ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 49; Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-618/10 *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 februari 2012, <http://www.curia.europa.eu>, punt 32-33.

¹⁶² Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-618/10 *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 februari 2012, <http://www.curia.europa.eu>, punt 32.

¹⁶³ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 191.

¹⁶⁴ Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-618/10 *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 februari 2012, <http://www.curia.europa.eu>, punt 31.

§5 HOE VER REIKT DE CONSUMENTENBESCHERMING

5.1. GEVOLGEN VAN DE AMBTSHALVE PLICHT : KENNISGEVING AAN CONSUMENT

38. Uit de bovenstaande rechtspraak volgt eveneens dat wanneer de rechter tot de conclusie komt dat een beding dat tegen de consument wordt ingeroepen oneerlijk is, dat hij de consument op de hoogte moet stellen.¹⁶⁵ STRAETMANS wijst hier op de onduidelijkheid omtrent ‘hoe’ de rechter de consument in kennis moet stellen en of zijn voornemen om te vernietigen eveneens gemeld moet worden.¹⁶⁶ De Nederlandse werkgroep LOVCK geeft aan de rechter de keuze om de consument al dan niet van te voren van zijn voornemen op de hoogte te stellen. Er bestaat slechts een plicht tot voorafgaande kennisgeving, wanneer het oneerlijke nadelige beding eveneens voordelige kanten heeft voor de consument.¹⁶⁷ STRAETMANS besluit dan ook dat uit de formulering van het Hof waarin de consument ‘voornemens’ is, m.a.w. de procesopstelling van de consument, deze zienswijze te onderschrijven is.¹⁶⁸ Mijns inziens volgt uit de bewoordingen van het Hof dat de consument enkel in kennis dient te worden gesteld, wanneer de rechter het beding oneerlijk acht en de daaropvolgende sanctie van ‘niet binden’ overweegt.¹⁶⁹

5.1.1. MEDEZEGGENSCHAP CONSUMENT

39. In het arrest *Pannon* werd de grens gesteld aan de communautaire verplichting van de rechter, wanneer de consument zich niet wil beroepen op het oneerlijk karakter van een beding. In een dergelijk geval is de rechter niet verplicht om over te gaan tot een ambtshalve toetsing.¹⁷⁰ Aldus kan uit *Pannon* worden afgeleid dat men te maken heeft met een ambtshalve toetsing, maar dat dit geen plicht tot sanctioneren of tot effectieve nietigverklaring inhoudt. Immers, het is de consument die kan weigeren om zich op de oneerlijkheid van het beding te beroepen.¹⁷¹ De consument krijgt dus medezeggenschap over de gevolgen van de toepassing van de ambtshalve toetsing.¹⁷² Bepaalde auteurs leiden hieruit de tweede ‘begrenzing’ aan de ambtshalve plicht voor de nationale rechter af, zie *supra* nr. 35.¹⁷³

¹⁶⁵ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 33-35.

¹⁶⁶ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 380.

¹⁶⁷ LOVCK, *Eindverslag werkgroep ambtshalve toepassing van het Europees consumentenrecht*, 17 februari 2010, 10-11, http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel/recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf (Hierna: LOVCK, *Eindverslag 2010*)

¹⁶⁸ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 380.

¹⁶⁹ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 33 “..het betrokken beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter..”

¹⁷⁰ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 32-33; LOVCK, *Eindverslag 2010*, *supra* vn 167, 9.

¹⁷¹ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 35; E. SWAENENPOEL, “Rechter moet oneerlijk beding”, *supra* vn 103, 6; G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, *supra* vn 7, 109; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 212-213, nr. 15-16.

¹⁷² G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 380.

¹⁷³ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN EN F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 113, nr. 18.

5.2. WILSAUTONOMIE – QUID?

40. De dwingende wetgeving die volgt uit de Richtlijn 93/13 heeft tot gevolg dat de vrijheid om de inhoud van de overeenkomst te bepalen, in bepaalde materies drastisch beperkt werd.¹⁷⁴ De noodzaak van het beginsel van wilsautonomie volgt evenwel uit een ander doel van de Richtlijn. Volgens de eerste overweging van de considerans is de richtlijn vastgesteld met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt. Immers de organisatie van juridische verhoudingen door het individu vormt de gemeenschappelijke kern van de fundamentele vrijheden, die de mogelijkheid tot grensoverschrijdend handelen mogelijk maakt.¹⁷⁵

41. Zoals volgt uit *Pannon* krijgt de consument medezeggenschap over de gevolgen van de toepassing van de ambtshalve toetsing.¹⁷⁶ In de eerste plaats door de kennisname en vervolgens doordat de consument, goed geïnformeerd en met kennis van zaken, afstand kan doen van de toegekende bescherming. Hierbij wordt hij niet alleen verregaand beschermd, maar wordt ook een deel van de wilsautonomie gerespecteerd.¹⁷⁷ Dit is anders bij de andere contracterende partij, die doorgaans als sterkere partij wordt gezien, de verkoper. De Richtlijn is er dan ook niet op gericht om enige bescherming te geven aan de verkoper. Dit klinkt logisch, maar zoals TENREIRO opwerpt, kan een dergelijke regeling hem eveneens schaden. Onder meer wanneer een overeenkomst gehandhaafd blijft, zonder de oneerlijke bedingen.¹⁷⁸

5.3. VERDERE GEVOLGEN VAN AMBTSHALVE TOETSING

5.3.1. NIET BINDEN

42. Zoals reeds besproken binden oneerlijke bedingen consumenten niet. In het licht van de autonomie en de verschillende rechtstradities werd er niet gekozen voor een algemeen begrip als ‘nietig’, maar moest de nationale wetgever dit zelf concreet, doeltreffend en met geschikte middelen invullen.¹⁷⁹ Binnen deze sancties kan een onderscheid gemaakt worden tussen de collectieve betugeling, waar ik verder niet op in zal gaan, en individuele betugeling.¹⁸⁰

TENREIRO spreekt van een nieuw Europeesrechtelijk concept, waarbij lidstaten zich moeten richten naar de gewenste gevolgen die de sanctie moet bereiken.¹⁸¹ Volgens hem kan dit worden samengevat in 5 punten. Aldus kan de consument weigeren bedingen na te leven (i), zonder voorafgaande

¹⁷⁴ S. STIJNS EN S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 16.

¹⁷⁵ Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak 453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič v. S.O.S. financ, spol. Sro*, ongepubl. <http://www.curia.europa.eu>, punt 67.

¹⁷⁶ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 32-33; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* voetnoot 3, 380.

¹⁷⁷ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 105, nr. 14.

¹⁷⁸ M. TENREIRO, “The Community Directive”, *supra* vn 34, 283.

¹⁷⁹ M. TENREIRO, “The Community Directive”, *supra* vn 34, 282; Art. 7 Richtlijn 93/13; S. PRECHAL, “Ambtshalve toetsen”, *supra* vn 17, 104-106; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 208.

¹⁸⁰ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 553, nr. 976.

¹⁸¹ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 45, nr. 33. (Hierna: S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”)

kwalificatie van oneerlijk karakter. Het oneerlijk karakter kan ten allen tijde worden ingeroepen (ii), waarbij er geen afstand van recht door de consument mogelijk is (iii). De rechter moet ambtshalve het oneerlijk karakter van een beding kunnen opwerpen (iii) en tot slot moet de sanctie *ex tunc* zijn (iv).¹⁸² Dat het moet gaan om geschikte middelen blijkt ook uit het evaluatierapport van de Commissie.¹⁸³ Hierin werden onder meer twee minimale eisen gesteld. Enerzijds moet de sanctie terugwerkende kracht hebben, anderzijds moet de rechter ‘*ex officio*’ de onrechtmatigheid van het beding kunnen nagaan.¹⁸⁴

43. In de zaak *Banesto* spreekt het Hof zich voor de eerste maal uit over de nietigheidssanctie en de gevolgen van de partiële nietigheid.¹⁸⁵ Hierin stond centraal of de nationale rechter de onderhavige overeenkomst mag aanvullen door de inhoud van het onrechtmatige beding te ‘herzien’. Immers het Spaanse recht voorziet in een nietigheidssanctie bij een onrechtmatig beding, maar geeft daarnaast de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen met een matiging van de rechten en plichten. In de overwegingen herhaalt het Hof de ‘niet bindendheid’ van deze bedingen, maar wijst op het feit dat de overeenkomst bindend blijft voor de partijen indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.¹⁸⁶ Aldus heeft de nationale rechter niet de bevoegdheid om de inhoud te herzien, want de overeenkomst moet in beginsel “*zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen*” voortbestaan voor zover volgens de regels van intern recht een dergelijk voortbestaan mogelijk is.¹⁸⁷ Ook wijst het Hof erop dat dit afbreuk zou doen aan de voor handelaars ‘afschrikkende werking’ die uitgaat van niet-toepassing.¹⁸⁸ Aldus laat het Hof de ‘herziening’ niet toe, maar volgens STIJS en JANSEN blijft er onduidelijkheid bestaan over de vraag of de aanvulling van een overeenkomst met de regels van gemeen recht nog aanvaard wordt, nu het Hof stelt geen andere wijzigingen dan de schrapping van het oneerlijk beding lijkt te dulden.¹⁸⁹

¹⁸² M. TENREIRO, “The Community Directive”, *supra* vn 34, 282.

¹⁸³ Europese commissie, 27 april 2000, “Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000)248 Final, *Pb. C* 248, 29 augustus 2000, 8; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 400, nr. 504.

¹⁸⁴ Europese commissie, 27 april 2000, “Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000)248 Final, *Pb. C* 248, 29 augustus 2000, 8.

¹⁸⁵ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152.

¹⁸⁶ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 22 en 62-64; S. STIJS EN S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 15.

¹⁸⁷ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 65.

¹⁸⁸ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 69.

¹⁸⁹ S. STIJS EN S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 16.

5.3.2. HANDHAVING OVEREENKOMST

44. Indien vastgesteld wordt dat een beding oneerlijk is, kan deze overeenkomst wel bindend blijven voor partijen, ingevolge artikel 6, lid 1 *in fine* Richtlijn 93/13.¹⁹⁰ Het komt in dat verband aan de nationale rechter toe om enerzijds te zorgen dat consumenten door die bedingen niet gebonden zullen zijn, middels de gevolgen die het nationale recht daaraan verbindt.¹⁹¹ Het gaat om een dwingende bepaling om het evenwicht tussen de partijen te herstellen.¹⁹² Anderzijds zal hij moeten beoordelen of de betrokken overeenkomst, zonder deze oneerlijke bedingen, kan voortbestaan.¹⁹³ Met andere woorden de vraag of de overeenkomst gehandhaafd zal blijven ondanks het bestaan van een oneerlijk beding. AG TIZZANO heeft in zijn conclusie bij de zaak *Ynos* reeds gesteld dat van de regel, dat een overeenkomst blijft gehandhaafd ondanks het bestaan van een oneerlijk beding, enkel kan worden afgeweken wanneer de overeenkomst zonder dat oneerlijk beding objectief gezien niet kan voortbestaan en wanneer uit een beoordeling achteraf blijkt dat een van de partijen de overeenkomst zonder dat beding niet zou hebben gesloten.¹⁹⁴ AG TRSTENJAK wijst in haar conclusie bij *Pereničová* erop dat het nagestreefde doel niet bestaat in de nietigverklaring van de hele overeenkomst, maar juist in het herstel van het evenwicht.¹⁹⁵

45. In de zaak *Pereničová* bevestigt het Hof dat de nagestreefde doelstelling bestaat in het herstel van het evenwicht tussen de partijen, in principe met behoud van de geldigheid van een overeenkomst. Zoals ook volgt uit de zesde overweging in de considerans die stelt dat ‘*oneerlijke bedingen uit deze overeenkomsten te weren*’. Wat betreft de criteria pleiten de vereisten van rechtszekerheid voor economische activiteiten voor een objectieve benadering om te beoordelen of een overeenkomst daadwerkelijk kan blijven voortbestaan zonder de oneerlijke bedingen.¹⁹⁶ Het Hof sluit zich aan bij AG TRSTENJAK dat de situatie van één van de partijen bij de overeenkomst, *in casu* dus de consument, niet kan worden beschouwd als een doorslaggevend criterium voor het verdere lot van de overeenkomst.¹⁹⁷ Al verbiedt de richtlijn een lidstaat echter niet om te voorzien in een nationale regeling, op grond waarvan een overeenkomst die oneerlijke beding(en) bevat, in haar geheel nietig is wanneer zulks de consument een betere bescherming biedt.¹⁹⁸

¹⁹⁰ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 28-29 en Concl. Adv. Gen TIZZANO in zaak C-302/04, *Ynos*, 10 januari 2006, *Jur.* 2006, I, 371, punt 21.

¹⁹¹ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o.58-59; HvJ C-76/10, *Pohotovost'*, *supra* vn 19, r.o. 59.

¹⁹² HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 59; HvJ C-76/10, *Pohotovost'*, *supra* vn 19, r.o. 62, HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 30; HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 40 en 63.

¹⁹³ HvJ C-76/10, *Pohotovost'*, *supra* vn 19, r.o. 61; HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 30.

¹⁹⁴ HvJ C-302/04 *Ynos kft v. János Varga*, 10 januari 2006, *Jur.* 2006, I, 371; Concl. Adv. Gen. TIZZANO in zaak C-302/04, *Ynos v. János Varga*, 22 september, *Jur.* 2005, 371, punt 79-80.

¹⁹⁵ Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak 453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič*, ongepubl, <http://www.curia.europa.eu> punt 63.

¹⁹⁶ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 31-32; H. JACQUEMIN, “Arrêt Perenicová: incidence d’une clause abusive sur la validité du contrat”, *REDC* 2012, 579.

¹⁹⁷ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 32; Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak 453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič*, ongepubl, <http://www.curia.europa.eu>, punt 66-68.

¹⁹⁸ HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 36.

§6 AMBTSHALVE TOETSING IN ANDERE UITSPRAKEN VAN HET HVJ

46. Nu de ambtshalve toetsing met betrekking tot de Richtlijn 93/13 vast staat, kan de vraag worden gesteld of deze verplichte toets doorgetrokken kan worden naar alle andere richtlijnen.¹⁹⁹

6.1. ZAAK MET BETREKKING TOT NIET-CONSUMENTEN

In het arrest *Van der Weerd* heeft het Hof een (voorlopig) antwoord geboden op de vraag of de nationale rechter verplicht is ambtshalve te toetsten aan het gemeenschapsrecht.²⁰⁰ Het arrest betrof een prejudiciële vraag omtrent het feit of er een verplichting bestond de zaak ambtshalve te toetsten aan de bepalingen van de richtlijn 85/511/EEG, terwijl partijen zelf nagelaten hadden zich hierop te beroepen. Bij het vormen van een antwoord vormde nationale procedurele autonomie voor het Hof het uitgangspunt en besloot het dat er geen noodzaak bestond ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht verplicht te stellen.²⁰¹ In die zin bestaat er dus geen *algemene* verplichting tot ambtshalve toetsing aan het gemeenschapsrecht, maar in de navolgende paragrafen zal blijken dat het Hof met betrekking tot consumentenzaken een andere weg in lijkt te slaan.²⁰²

6.2. ZAKEN BINNEN DE CONSUMENTENBESCHERMING

47. Nu het Hof zich heeft uitgesproken over de algemene ambtshalve toetsing in het arrest *Van der Weerd* kan de vraag worden gesteld of deze verplichte toets dan wel doorgetrokken kan worden naar alle consument beschermende richtlijnen.²⁰³ In het *Mostaza Claro* arrest heeft het Hof geoordeeld dat met betrekking tot alle andere Europees rechtelijke regels moet worden benadrukt dat deze niet allemaal ambtshalve moeten worden toegepast. In beginsel gaat het enkel om die bepalingen, waarvan de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door het betreffende voorschrift aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigt dat de ambtshalve toetsing plaatsvindt.²⁰⁴

6.2.1. ZAAK RAMPION

48. In die zin kan het arrest *Rampion* worden aangehaald,²⁰⁵ waarin het Hof duidelijk de verplichting tot ambtshalve toetsing doortrekt naar andere consumentenbeschermende richtlijnen, in dit geval de Richtlijn Consumentenkrediet.²⁰⁶ Deze zaak had betrekking op artikel 11, tweede lid van deze richtlijn,

¹⁹⁹ Art. 6 Richtlijn 93/13.

²⁰⁰ HvJ C-222/05 en C-225/05, *Van der Weerd*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 4249; R. WESSELING EN N., NEILL, "Kroniek van het Europees recht", *NJB* 2008, afl. 16. 983.

²⁰¹ HvJ C-222/05 en C-225/05, *Van der Weerd*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 4249, r.o. 42.

²⁰² Enkel wanneer het de openbare orde dit eist zie HvJ C-430/93 en C-431/93, *J. van Schijndel en J. N. C. van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, I, 04705, r.o. 21-22 (Hierna: HvJ C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*) ; HvJ C-222/05 - C-225/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 04233, r.o. 35-36.

²⁰³ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB.L.* 95, 21 april 1993, 29.

²⁰⁴ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro supra* vn 100, r.o. 38.

²⁰⁵ HvJ C-429/05 *Rampion en Godard t/ SA Franfinance en K par K sas*, *Jur.* 2007, I, 8050.

²⁰⁶ Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *Pb. L* 1987, 12 februari 1987, 42, gewijzigd bij Richtlijn 87/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, *Pb. L* 101, 1 april 1998, 17.

dat bepaalt dat, als voldaan is aan vijf cumulatieve voorwaarden die betrekking hebben op de samenhang tussen de hoofdovereenkomst en de kredietovereenkomst die gesloten wordt om de in de hoofdovereenkomst bedoelde goederen of diensten te verwerven, het aan de consument toekomt om rechten te doen gelden tegenover de kredietgever.

Naast de argumentatie gelijkaardig aan die in de arresten *Océano*, *Codifis* en *Mostaza Claro* stelt het Hof dat artikel 11, tweede lid van de richtlijn consumentenkrediet zowel voor ogen heeft een interne markt te creëren, alsook de consumenten te beschermen. Hieraan voegt het Hof toe dat het eveneens tot doel heeft de consument in bepaalde welomschreven omstandigheden rechten tegenover de kredietgever toe te kennen. Deze rechten gaan evenwel verder dan de normale uit de overeenkomst voortvloeiende rechten jegens de kredietgever en de leverancier van de gefinancierde goederen en diensten.²⁰⁷ Dit doel kan niet op doeltreffende wijze worden bereikt wanneer de consument verplicht zelf zijn rechten moet invoeren. De uitspraak in *Rampion* is daarnaast interessant met betrekking tot een ander aspect. Waar voorgaande zaken gestart werden tegen consumenten, laat het Hof nu toe dat de ambtshalve plicht ook geldt in zaken die door consumenten werden aangebracht.²⁰⁸ In die zin gaat het Hof nog een stap verder dan in het *Océano* arrest, door de hoedanigheid van de consument irrelevant te maken.

6.2.2. ZAAK MARTIN MARTIN

49. In de zaak *Martin Martin* heeft het Hof zich gebogen over de plicht tot informatie verschaffing over het opzeggingsrecht van de consument inzake de Colportagerichtlijn.²⁰⁹ Het Hof overweegt dat de nationale rechter de schending van artikel 4 ambtshalve kan vaststellen indien de consument onvoldoende ingelicht is over zijn opzeggingsrecht. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag oordeelt het Hof dat artikel 4 zich er niet tegen verzet dat de nationale rechter een overeenkomst ambtshalve nietig verklaart.

De uitspraak is interessant vermits het Hof zich niet uitdrukkelijk uitspreekt over de plicht tot ambtshalve toetsing, maar enkel een bevoegdheid aan de rechter toekent.²¹⁰ Zowel KRANS, als EBERS achten in de toekomst een plicht tot ambtshalve toetsing, in het licht van *Pannon* en *Mostaza Claro*, aannemelijk.²¹¹ Tot nu toe steunt deze bewering enkel op het conclusie van de AG TRSTENJAK, die verwijst naar het advies van Europese Commissie.²¹² In haar conclusie stelt zij verder dat er op grond van het gemeenschapsrecht geen algemene verplichting voor de nationale rechters bestaat om ambtshalve de rechten toe te kennen die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen. Een

²⁰⁷ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid", *supra* vn 147, 98-100, nr. 6-7.

²⁰⁸ M. EBERS, "Mandatory Consumer Law", *supra* vn 154, 7-8.

²⁰⁹ Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb. L.* 372, 31 december 1985, 31 -33; HvJ C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores SL*, 17 december 2009, *Jur.* 2009, I, 11939.

²¹⁰ H. KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Hoofddorp, Kluwer, 2010, 40-41.

²¹¹ H. KRANS, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Hoofddorp, Kluwer, 2010, 40-41; M. EBERS, "Mandatory Consumer Law", *supra* vn 154, 7-8.

²¹² Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L.*, 7 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 11939, punt 31 en 72.

verplichting van de nationale rechter om ambtshalve op te treden is echter de enige manier om de in de Colportagerichtlijn nagestreefde effectieve bescherming van de consument te garanderen.²¹³ Voorts heeft dit ambtshalve optreden van de nationale rechter een afschrikkende werking.²¹⁴

6.3. AMBTSHALVE PLICHT IN ALLE CONSUMENTBESCHERMENDE RICHTLIJNEN ?

50. Het mag duidelijk zijn dat het Hof in bovenstaande zaak *Martin Martin* een zekere ambtshalve bevoegdheid heeft toegekend aan de nationale rechters, maar heeft nagelaten in een uitdrukkelijke plicht te voorzien.²¹⁵ Bijkomend dient te worden aangestipt dat in het arrest werd verwezen naar de voorgaande zaken *Van Schijndel* en *van der Weerd*, waarin werd geoordeeld dat de nationale rechtbanken, enkel uitzonderlijk wanneer het openbaar belang dit eist, ambtshalve konden handelen.²¹⁶

Hoewel dit doet vermoeden dat het Hof hierdoor niet automatisch aan elke consument beschermende richtlijn een openbaar belang en aldus een ambtshalve plicht heeft willen koppelen, mag evenwel die conclusie niet te snel getrokken worden. Immers uit de besproken jurisprudentie inzake *Rampion* en *Martin Martin* kan ook worden afgeleid dat deze ambtshalve toetsing dient te gebeuren aan alle op de betrokken overeenkomst van toepassing zijnde consument beschermende richtlijnen, waarbij het Hof aldus uitdrukkelijk de plicht tot ambtshalve toetsing aanvaard heeft voor de Richtlijn 93/13²¹⁷, de Colportagerichtlijn²¹⁸ en de richtlijn Consumentenkrediet.²¹⁹ VAN OEVELEN, RUTTEN en DUPON, alsook JONGENEEL zijn dan ook mijns inziens terecht van mening dat de ambtshalve plicht doorgetrokken kan worden naar alle andere consumentbeschermende richtlijnen, gelet op hun doel en strekking.²²⁰ ANCERY en KRANS voegen hier nog aan toe dat dit in het bijzonder zal gelden voor de richtlijn Consumentenkoop.²²¹

²¹³ Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L.*, 7 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 11939, punt 59 en 90.

²¹⁴ Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L.*, 7 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 11939, punt 91; M. HUFFEL, "La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice", *REDC* 2003, afl. 2, 94, nr.77.

²¹⁵ M. EBERS, "Mandatory Consumer Law", *supra* vn 154, 8.

²¹⁶ HvJ C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*, *supra* vn 202, r.o. 21-22. ; HvJ C-222/05 - C-225/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 04233, r.o. 35-36; HvJ C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores SL*, 17 december 2009, *Jur.* 2009, I, 11939, r.o. 19-20.

²¹⁷ Zie nr. 21-28.

²¹⁸ Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb. L* 372, 31 december 1985, 31-33; Zie nr. 48-49.

²¹⁹ Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *Pb. L* 1987, 12 februari 1987, 42, gewijzigd bij Richtlijn 87/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, *Pb. L* 101, 1 april 1998, 17; Zie nr. 22.

²²⁰ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid", *supra* vn 147, 104, nr. 11; R. JONGENEEL, "Het Pénzügyi-arrest", *supra* vn 120, 34.

²²¹ Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garantie voor consumptiegoederen, *Pb. L* 171, 7 juli 1999, 11; A. ANCERY en H. KRANS, "Ambtshalve toepassing", *supra* vn 196-197, nr. 5 en 7.

§7 JURIDISCHE CONSTRUCTIE VAN DE AMBTSHALVE TOETSING

7.1. RICHTLIJN CONFORME INTERPRETATIE

51. Het nationale recht moet zoveel mogelijk conform de Richtlijn worden uitgelegd, dit met het oog op het bereiken van door de richtlijn beoogde resultaat. Het Hof voorziet daarin in het geven van een autonome interpretatie.²²² Het strikte onderscheid met ‘toepassing’ vervaagt echter in de praktijk, zoals door AG SAGGIO al werd opgemerkt bij *Océano*. Desalniettemin blijft het de taak van de nationale rechters het gemeenschapsrecht te handhaven.²²³ De Commissie heeft ter bevordering van de uniforme toepassing de databank ‘CLAB’ opgezet, die uitspraken inzake oneerlijke bedingen uit verschillende lidstaten bevat.²²⁴

Het *Marleasing* arrest verduidelijkte dit door het nationale recht ‘zoveel mogelijk’ richtlijnconform uit te leggen, dit waarbij de rechter binnen de grenzen bestaande rechtspraak desnoods moet ombuigen. Bepaalde omstandigheden kunnen dan ook aanleiding geven voor het buiten toepassing laten van nationale regelgeving die in strijd is met de betrokken richtlijn.²²⁵ Het dient te worden benadrukt dat door het aannemen van een plicht tot ambtshalve toetsing, de doorwerking van het gemeenschapsrecht op het nationale niveau geenszins gegarandeerd is. Immers bij gebrek aan gemeenschapsregels, zullen de nationale procesregels van toepassing zijn. Dit nationale recht kan bepalingen bevatten die een dergelijke ambtshalve toetsing in de weg staan.²²⁶

7.2. HOE ONDERGESCHIKT HET IS HET NATIONALE RECHT?

52. Reeds in de jaren '90 werd er door AG DARMON geopperd voor een ambtshalve toepassing van (alle) Europese wetgeving in het licht van de *Simmenthal* rechtspraak.²²⁷ Het Hof heeft echter deze redenering destijds niet willen volgen, maar wat volgde was de creatie van ‘procedurele autonomie’. De oorsprong van dit principe is te vinden in de *Rewe* en *Comet* zaken, waarin de procedurele autonomie werd erkend en tegelijkertijd beperkt.²²⁸ De *Rewe*-formule (rule of reason) volgt uit de *Cassis de Dijon* rechtspraak die bepaalt wanneer een nationale bepaling terzijde moet worden gesteld.²²⁹ Het nationale procesrecht moet dus beantwoorden aan drie minimumvereisten.

²²² P. ROTT, “What is the Role of the ECJ in EC Private law?”, *HanseLR* 2005, 7.

²²³ Concl. Adv. Gen. SAGGIO in zaak C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 16 december 1999, *Jur.* 2000, I, 4943, punt 18; E. MATHEEUSSEN, “Interpretatiemethoden gehanteerd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap”, *Jur. Falc.* 1993-94, 366.

²²⁴ Europese commissie, 27 april 2000, “Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000)248 Final, 12.

²²⁵ HvJ C-106/89, *Marleasing SA v. Comercial Internacional de Alimentacion SA*, 13 november 1990, *Jur.* 1990, I, 4135, r.o. 8; K. LENAERTS EN P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 602-603, nr. 781-782.

²²⁶ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 192.

²²⁷ HvJ 243-78, *Commissie v. Simmenthal SPA*, 5 maart 1980, *Jur.* 1980, 593; Concl. Adv. Gen. DARMON in gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, 29 mei 1991, *Jur.* 1991, I, 3768, punt. 19-22.

²²⁸ HvJ 45-76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, 16 december 1976, *Jur.* 1976, 2043, r.o. 13; HvJ C-120/78 *Rewe-Zentralag v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, *Jur.* 1979, I, 649, r.o. 5; H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 855.

²²⁹ HvJ C-120/78 *Rewe-Zentralag v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, *Jur.* 1979, I, 649, r.o. 6; M. TULIBACKA, “Europeanization of civil procedures: In search of a coherent approach”, *CML Rev.* 2009, 1527-1535.

Allereerst *het beginsel van effectieve rechtsbescherming*, waarbij een particulier die rechten ontleent aan het Europese recht deze ook in de nationale rechtsorde in rechte moet kunnen afdwingen.²³⁰ Daarnaast mag, ingevolge het *gelijkwaardigheidsbeginsel*, een nationale rechtsregel vorderingen gebaseerd op gemeenschapsrecht niet ongunstiger behandelen dan soortgelijke nationale vorderingen.²³¹ Tot slot mag de uitoefening van rechten ontleend aan het gemeenschapsrecht niet onnodig moeilijk of praktisch onmogelijk worden gemaakt, zoals vervat in het *doeltreffendheidsbeginsel*.²³² Deze beginselen staan evenwel op gespannen voet met de traditionele procedurele principes van de lidstaten, met name de partij autonomie en de daarmee samenhangende rechterlijke passiviteit.²³³

7.2.1. PROCEDURELE AUTONOMIE

53. De ambtshalve plicht om in te grijpen zorgt ervoor dat andersluidende nationale procedure regels op grond van voorrang van het gemeenschapsrecht achterwege moeten blijven.²³⁴ De klassieke onderdelen van de procedurele autonomie, de organisatie, bevoegdheid, rechtspleging en tenuitvoerlegging komen hierdoor onder druk te staan.²³⁵

In beginsel, zoals verduidelijkt in *Van Schijndel*, is de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve in te grijpen beperkt.²³⁶ Enkel in uitzonderingsgevallen, zoals de openbare orde dit vereist, zal de rechter *ex officio* kunnen optreden. Dit omdat in beginsel het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt.²³⁷ Hieromtrent kan ook de zaak *Peterbroeck* worden aangehaald, waarin de bevoegdheid van de nationale rechter om *ex officio* de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht te beoordelen centraal stond.²³⁸ Het Hof oordeelde dat de ambtshalve toepassing valt onder de procedurele autonomie, waarbij er enkel getoetst wordt aan de vereisten van het effectiviteit- en gelijkwaardigheidsbeginsel.

²³⁰ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 376; C. CHENEVIÈRE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 359.

²³¹ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 44, r.o. 51-54; C. CHENEVIÈRE, “Arrêts Pannon et Asturcom”, *supra* vn 106, 360-361; R. WESSELING EN N., NEILL, “Kroniek van het Europees recht”, *NJB* 2008, afl. 16. 983.

²³² HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 24; HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 44, r.o. 39 en 48; A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 192; R. WESSELING EN N. NEILL, “Kroniek van het Europees recht”, *NJB* 2008, afl. 16. 983.

²³³ M. EBERS, “Mandatory Consumer Law”, *supra* vn 154, 3-4.

²³⁴ Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-618/10 *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 februari 2012, <http://www.curia.europa.eu>, punt 32-33; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 381.

²³⁵ M. EBERS, “Mandatory Consumer Law”, *supra* vn 3; A. VAN DEN BOSSCHE, “Europees gemeenschapsrecht: bron van en reden voor toenadering” in M. STORME, *Procedural laws in Europe*, Antwerpen, Maklu, 2003, 32.

²³⁶ HvJ C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores SL*, 17 december 2009, *Jur.* 2009, I, 11939, r.o. 19-20; HvJ C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*, *supra* vn 202, r.o. 21-22.

²³⁷ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 374-375; D. DE GRAVE, “Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief”, *SEW* 2009, 12.

²³⁸ HvJ C312-93, *Peterbroeck, v. Belgische Staat*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, 4615.

In de eerste plaats kan uit deze arresten worden afgeleid dat er een afweging moet gebeuren tussen het effectiviteitsbeginsel en het belang dat de nationale bepaling tracht na te streven.²³⁹ SCHEBESTA ziet hierin een ‘*reshaping*’ van het effectiviteitsbeginsel als standaard naar een afwegingsmechanisme.²⁴⁰ Dit volgt uit de benadrukking van de nationale context en de daaropvolgende afweging van ‘*beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen*’.²⁴¹ Ten tweede kan gewezen worden op het hieruit volgende belang van de procedurele autonomie. Het Hof lijkt terughoudend te zijn om in te grijpen op het vlak van de nationale regelgeving.²⁴²

54. Het Hof lijkt een andere weg in te slaan wanneer het consumentenbescherming betreft. In die zin kan terugverwezen worden naar *Cofidis*, waarin de verenigbaarheid van verval- en verjaartermijnen op spanning stonden met de Richtlijn 93/13.²⁴³ De Franse procesregel werd op basis van de beoogde consumentenbescherming buiten toepassing gelaten. Volgens ANCERY en KRANS betekent dit niet dat termijnvoorschriften in consumentenzaken zonder meer ontoelaatbaar zouden zijn. De nationale rechter moet *in concreto* nagaan of de effectiviteit van het gemeenschapsrecht dusdanig wordt bedreigd, dat dit termijnvoorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. Mijns inziens is dit een correcte constatactie, omdat dergelijke termijnen gericht zijn op het bieden van rechtszekerheid.²⁴⁴ In het concrete geval dat nationale recht de ambtshalve toepassing of enig ander verweer uit de Richtlijn in de weg staat, zal het nationale recht ondergeschikt zijn aan de Richtlijn 93/13.²⁴⁵

55. In het *Mostaza Claro* lijkt het Hof nog een stap verder te willen gaan. Er diende opnieuw een balans te worden gemaakt tussen het doeltreffendheidsbeginsel en de procesrechtelijke autonomie in het antwoord op de vraag of een procesrechtelijke bepaling de toepassing van de Richtlijn onmogelijk of uiterst moeilijk maakte.²⁴⁶ Waar bij *Cofidis* nog *in concreto* naar de casus werd gekeken, blijft het in *Mostaza Claro* nog maar de vraag of de volledige context van de zaak wel in aanmerking is genomen. Door het opzij zetten van de Spaanse procesregel lijkt het Hof het late beroep te wijten aan potentiële onwetendheid van mevr. Mostaza Claro. Dit volgt uit het verband dat wordt gelegd tussen het risico van onwetendheid en de noodzaak aan compensatie op grond van artikel 6, 1^e lid Richtlijn. Op basis van deze redenering kan de indruk worden gewekt dat het nationale procesrecht volgens het Hof in geen enkel opzicht aan de bescherming tegen oneerlijke bedingen in de weg mag staan, het beginsel van procesautonomie ten spijt.²⁴⁷

²³⁹ HvJ C312-93, *Peterbroeck, v. Belgische Staat*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, 4615.

²⁴⁰ H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 858-859.

²⁴¹ HvJ C312-93, *Peterbroeck, v. Belgische Staat*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, 4615, r.o. 14.

²⁴² E. ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Oegstgeest, Kluwer, 2009, 258.

²⁴³ HvJ C-473/00 *Cofidis*, *supra* vn 91vn, r.o. 35-36.

²⁴⁴ A. ANCERY EN H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* vn 40, 192.

²⁴⁵ W. VAN BOOM EN R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn”, *supra* vn 64, 150.

²⁴⁶ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 24.

²⁴⁷ C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”, *supra* vn 105, 153.

PAVILLON stelt dat de balans dus definitief lijkt doorgeslagen in het voordeel van het doeltreffendheidsbeginsel. Al vereist dit mijns inziens enige nuance, zoals uit de navolgende rechtspraak blijkt.

56. Het *doeltreffendheidsbeginsel* werd in het licht van de ambtshalve toetsing verduidelijkt in het arrest *Van der Weerd*.²⁴⁸ Hieruit volgt dat ambtshalve toetsing niet in alle omstandigheden kan worden aangevoerd. Immers, noch het gelijkwaardigheidsbeginsel, noch het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan gronden ontleend aan bepalingen van het gemeenschapsrecht. *In casu* waren er voldoende mogelijkheden om de aan de Richtlijn ontleende gronden aan te voeren, waardoor ambtshalve toetsing derhalve niet nodig zou zijn geweest. Op het vlak van consumentenrecht is dit anders volgens het Hof, vermits daar in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel moet gewaakt worden tegen de ondermijning van de essentiële consumentenbescherming.²⁴⁹ Het arrest toont dat het nationale procesrecht vanzelfsprekend de maatstaf blijft in het licht van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel. Het principe uit vele nationale procesregels dat het initiatief en het afbakenen van het rechtsgeding voor een procedure bij partijen ligt blijft bijgevolg de regel, waarop enkel in uitzonderingsgevallen ambtshalve kan worden opgetreden.²⁵⁰

57. Het *gelijkwaardigheidsbeginsel* werd in het licht van de Richtlijn 93/13 verduidelijkt door het Hof in de *Pohotovost*-beschikking. Waarbij gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de bescherming voor consumenten berust, moet artikel 6 aldus worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.²⁵¹ Het Hof besloot dan ook dat de nationale arbitrageregeling *in casu* eveneens als maatstaf bleef gelden.²⁵²

7.2.2. RES JUDICATA – KRACHT VAN GEWIJSDE

58. De zaak *Asturcom* verschilt van alle voorgaande zaken, vermits het Hof zich hier moest buigen over arbitragevonnis in kracht van gewijsde. Hierdoor werd een licht geworpen over de verhouding tussen het beginsel van kracht van gewijsde en de Rule of Reason.²⁵³ *In casu* was de termijn onder de Spaanse wet in overeenstemming met het effectiviteitsbeginsel, omdat de termijn *an sich* redelijk was en pas begon te lopen vanaf de notificatie.

²⁴⁸HvJ C-222/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 4233, r.o. 40-43.

²⁴⁹HvJ C-222/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 4233, r.o. 40-43; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 378.

²⁵⁰G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 379.

²⁵¹HvJ C-76/10, *Pohotovost*, *supra* vn 19, r.o. 51-53.

²⁵²G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* voetnoot 3, 376.

²⁵³M. EBERS, “Mandatory Consumer Law”, *supra* vn 154, 3; H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 862.

AG TRSTENJAK stelt daarentegen in het licht van de effectieve rechts- en consumentenbescherming in het kader van de exequaturprocedure ook een toetsingsbevoegdheid moet zijn. Immers anders zou het oneerlijk karakter van een beding in een overeenkomst uiteindelijk onherroepelijk en ten nadele van de consument zijn uitwerking hebben.²⁵⁴ Het Hof besluit anders door voorrang te geven aan het principe van kracht van gewijsde. Er is dus geen absolute bescherming voor consumenten.²⁵⁵

Deze visie van het Hof is in de lijn met voorgaande *Eco Swiss* en *Kapferer* zaken, waar eveneens werd besloten dat het *res judicata* principe enkel moet worden bekeken in uitzonderlijke zaken om het Europeesrechtelijke recht en de voorrang hiervan volledig zijn uitwerking te laten krijgen. In die zin lijkt het *res judicata* principe onaangetast, maar door het effectiviteits en equivalentie-beginsel toe te passen met het concept van openbare orde heeft het Hof het principe van *res judicata* ondermijnd, aldus EBERS. In de praktijk volgt hieruit dat de nationale rechterlijke instanties belast met de tenuitvoerleggingsprocedure verplicht zijn, de niet onderhandelde bedingen, ambtshalve te toetsen wanneer het nationale recht de openbare orde als weigeringsgrond erkent.²⁵⁶

7.2.3. ONDERZOEKSP LICHT – LIJDELIJKHEIDSBEGINSEL – QUID?

59. De mate waarin het gemeenschapsrecht doorwerkt in nationale bepalingen inzake het lijdelijkheidsbeginsel werd in het verleden beantwoord met het ‘*no prohibition, no obligation*’. Dit uitgangspunt beoogt een versterking van de (nationale) lijdelijkheid.²⁵⁷ In vele lidstaten is het uitgangspunt ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’, waarbij de partijen de grenzen van het geding afbakenen.²⁵⁸ Een spanningsveld met dit lijdelijkheidsbeginsel en de partijautonomie werd echter gecreeërd door het opleggen van de uitgebreide onderzoeksplicht, zie *supra* nr. 35. Zijdellings werd ook al aangestipt dat het opleggen van bepaalde privaatrechtelijke sancties wegens inbreuken op richtlijnbe palingen niet kon zonder het lijdelijkheidsbeginsel te doorbreken. Toch lijkt die argumentatie het Hof niet te weerhouden om een plicht tot ambtshalve toepassing op te leggen ter bescherming van de consument.²⁵⁹ Onder meer in *Pénzügyi* moest de Hongaarse rechter een nationale regel, die vermoedelijk samenhangt met het beginsel van lijdelijkheid van de rechter, schenden. Bepaalde auteurs zijn dan ook van mening dat het Hof afstand neemt van de *Van Schijndel*-leer.²⁶⁰ De impact die dit heeft op nationaal niveau zal in de hoofdstukken 3 en 4 worden besproken.

²⁵⁴ Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, 14 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 9579, punt 61-64.

²⁵⁵ HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 34 en 47; HvJ C-412/06, *Hamilton*, 10 april 2008, *Jur.* 2008, I, 2382, r.o. 39.

²⁵⁶ HvJ C-234/04, *Kapferer*, 13 maart 2006, *Jur.* 2006, I, 2585, r.o. 21; HvJ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, 1 juni 1999, *Jur.* 1999, I, 3055; M. EBERS, “Mandatory Consumer Law”, *supra* vn 154, 11-12 en 18.

²⁵⁷ A. VAN DEN BOSSCHE, “Europees gemeenschapsrecht: bron van en reden voor toenadering” in M. STORME, *Procedural laws in Europe*, Antwerpen, Maklu, 2003, 36-37.

²⁵⁸ D. DE GRAVE, “Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief”, *SEW* 2009, 14.

²⁵⁹ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 376.

²⁶⁰ HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51; M. VAN ROSSUM EN N. VAN NULAND, “Enkele recente Europese ontwikkelingen van invloed op het Nederlands vermogensrecht” *Juridisch up to date* 2010, afl. 23, 5; C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”, *supra* vn 105, 157.

7.2.4. KORT TUSSENBSLUIT

60. In beginsel blijft het nationale recht de maatstaf, maar de steeds verdergaande Europeanisering lijkt de procedurele autonomie van de lidstaten steeds meer onder druk te zetten. Zeker op het vlak van consumentenbescherming zal de procedurele autonomie (deels) moeten wijken. PAVILLON wijst er dan ook op dat het Hof zich in *Mostaza Claro* meer inlaat met de procesrechtelijke setting in het licht van de consumentenbescherming. Het Hof verkiest de harmonisatie van de procedurele aspecten boven de harmonisatie van de inhoudelijke aspecten van de toets, wijzend op de blijvende onduidelijkheid inzake ‘goede trouw’.²⁶¹

7.3. IS DE RICHTLIJN 93/13 NU ‘VAN OPENBARE ORDE’?

61. In het licht van het bovenstaande is van belang om na te gaan of de bepalingen van Richtlijn 93/13 gezien kunnen worden als ‘van openbare orde’ naar nationaal recht, zodat de nationale rechter hier altijd aan moet toetsen.²⁶² Hoewel het Hof zich nog niet eerder hierover uitgesproken had, was het AG SAGGIO die reeds in zijn conclusie bij *Océano* zich voor het eerst uitsprak hierover. Hij beschreef de bepalingen van de Richtlijn als ‘dwingende normen’ van ‘economische openbare orde’.²⁶³

In *Asturcom* werd de eerste stap gezet om het openbare-orde karakter van Artikel 6, lid 1 Richtlijn 93/13 expliciet te maken. Nu immers overwogen werd dat het gelijkwaardigheidsbeginsel impliceert dat artikel 6 gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.²⁶⁴ Ook in *Pohotovost* verwees het Hof naar ‘openbare orde’.²⁶⁵ PAVILLON is van mening dat de gehele richtlijn van openbare orde lijkt te zijn, door te wijzen op de verregerende analogie met het mededingingsrecht in de zaak *Mostaza Claro* en de woordkeuze van het Hof wanneer het spreekt van aan “nationale regels van openbare orde (...) soortgelijke communautaire regels”.²⁶⁶

62. Nadat in de zaken *Van Schijndel* en *Van Weerd* het openbaar belang naar voren is gekomen lijkt het Hof eerder toch terughoudend te zijn om de Richtlijn 93/13 van openbare orde te verklaren.²⁶⁷ JONGENEEL meent dan ook dat de karakterisering in *Asturcom* gezien moet worden als specifiek toegesneden op de casus.²⁶⁸ SCHEBESTA interpreteert de vaststelling in *Asturcom* door het Hof niet als een vorm van ‘Europese Openbare Orde’, maar stelt wel dat het Hof een indirecte vorm daarvan heeft

²⁶¹ C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”, *supra* vn 105, 157.

²⁶² D. DE GRAVE, “Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief”, *SEW* 2009, 12.

²⁶³ Concl. Adv. Gen. SAGGIO in zaak C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 16 december 1999, *Jur.* 2000, I, 4943, punt 25; C. PAVILLON, “Dutch case note on *Mostaza Claro*” *ERPL* 2007, 744.

²⁶⁴ HvJ C-40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, r.o. 52; M. VERHOEVEN, “Ambtshalve toetsing op het gebied van consumentenbescherming”, *SEW* 2010, afl. 2, 85.

²⁶⁵ HvJ C-76/10, *Pohotovost*, *supra* vn 19, r.o. 50-51.

²⁶⁶ HvJ C-168/05 *Mostaza Claro* *supra* vn 100, r.o. 35; C. PAVILLON, “De procedurele autonomie”, *supra* vn 105, 151.

²⁶⁷ HvJ C-430/93 en C-431/93, *J. van Schijndel en J. N. C. van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, I, 4705, r.o. 22; HvJ C-222/05 - C-225/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 4233, r.o. 35-36.

²⁶⁸ R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest”, *supra* vn 120, 35.

gecreëerd.²⁶⁹ Auteurs STRAETMANS en DE ZUTTER lijken evenmin te besluiten dat er sprake is van een openbare orde karakter.²⁷⁰ Ook VAN OEVELEN, RUTTEN en DUPON wijzen op een specifieke context van een gedwongen uitvoering van een definitief arbitraal vonnis, waar verwezen werd naar internrechtelijke regels die van openbare orde zijn, zodat de Richtlijn van dwingend recht blijft.²⁷¹ Mijns inziens is dit een correcte vaststelling, wijzend op het navolgende *Pénzügyi* arrest, waarin de term ‘openbare orde’ geheel niet meer voorkomt. In plaats daarvan wordt de richtlijn gekarakteriseerd als een ‘dwingende bepaling’.²⁷² Daarnaast kan gewezen worden op het feit dat het Hof zich enkel heeft uitgesproken over de noodzaak van het ambtshalve opwerpen van de nietigheid. De discussie over het koppelen van het ambtshalve opwerpen van een nietigheid aan regels van dwingend recht doet zich enkel in de nationale (Belgische) context voor, zie *infra* nr. 70.²⁷³

²⁶⁹ H. SCHEBESTA, “Does the national court know European Law?”, *supra* vn 37, 848.

²⁷⁰ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 379; DE ZUTTER, L., “Le juge face aux clauses abusives: à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire”, *Annales de droit de Louvain* 2011, vol. 71, afl. 2, 183-185. Contra: T. DE MEESE, “Commentaar bij het arrest van het Hof van Justitie van 27 juni 2000”, *TBH-Actualiteit* 2000, 670.

²⁷¹ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 108, nr.15.

²⁷² HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o. 47; HvJ C40/08 *Asturcom*, *supra* vn 116, 44, r.o. 30.

²⁷³ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *supra* vn 8, 583, nr. 987.

DEEL II – IMPACT VAN DE AMBTSHALVE TOETSING OP DE NATIONALE REGELGEVING

HOOFDSTUK 3 IMPACT INZAKE HET BELGISCHE CONSUMENTENRECHT

§1 OVERZICHT BELGISCHE WETGEVEND KADER INZAKE ONRECHTMATIGE BEDINGEN

1.1 OMZETTING IN BELGIË

63. Ter omzetting kwam er de Wet betreffende handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument van 1991,²⁷⁴ vervangen in 2010 door de Wet marktpraktijken.²⁷⁵ In het licht van de consumentenbescherming werd voor bepaalde contracten een aparte regeling voor bedingen per koninklijk besluit uitgewerkt. Onder meer is dit het geval voor koop-, huur-, en verhuurbemiddeling tussen consumenten en vastgoedmakelaars, alsook voor de aankoop van autovoertuigen.²⁷⁶ De vrije beroepers hebben zich in België een apart statuut toegekend, waardoor de regeling van de Richtlijn 93/13 op hun contracten met consumenten (cliënten) in een aparte wet van 2 augustus 2002 is gegoten.²⁷⁷ Inhoudelijk zijn er een aantal verschillen met de WMPC en sluit de regeling ‘vrije beroepen’ meer aan bij de Richtlijn 93/13. Daar waar nodig zal dit worden aangestipt.²⁷⁸

Bij de omzetting kwam aan het licht dat de Richtlijn een veel ruimer begrip van ‘verkoper’ hanteerde dan dat de Belgische wetgever in eerste instantie voor ogen had. Bij de omzetting naar de WHPC heeft België aldus zijn handelaars begrip moeten verruimen en thans is er het ondernemingsbegrip in de WMPC.²⁷⁹

1.1.1. RUIMERE BESCHERMING

64. België is overgegaan tot een ruimere bescherming voor de consument met striktere regels.²⁸⁰ In de eerste plaats werd de ‘lijst’ in thans artikel 74 WMPC uitgebreid in haar toepassingsgebied. De regeling is toepasselijk op elk beding, ongeacht de ‘waarde’ van het contract en dus ook op afzonderlijk onderhandelde bedingen.²⁸¹ Zo worden vele interpretatieproblemen vermeden en dient er ook niet worden onderzocht of er daadwerkelijk onderhandelingen zijn geweest waarbij de consument invloed had op de contractsinhoud. Verkopers kunnen hierdoor evenwel nooit vertrouwen op de

²⁷⁴ Wet 14 Juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, 22399. (Hierna: WHPC); A. LOMBART, “Les clauses abusives” in T. Heremans (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau régime*, Gent, Larcier, 2010, 101, nr. 207.

²⁷⁵ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010. (Hierna: WMPC).

²⁷⁶ Art. 3 KB 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, *BS* 19 januari 2007, 2363; Art. 2-3 KB 9 Juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens en de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen, *BS* 9 augustus 2000, 27300; R. STEENOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 336.

²⁷⁷ Wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002, 51704 (Hierna: Wet 2 augustus 2002); P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 40, nr. 45.

²⁷⁸ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 65.

²⁷⁹ Art. 1 Wetboek Kh; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 71; G. STRAETMANS, en J. STUYCK, “Wet marktpraktijken en consumentenbescherming”, in *CBR Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 571, nr. 132.

²⁸⁰ Art. 74 WMPC / ex art. 32 WHPC, Art. 7 §2 Wet 2 augustus 2002; Cass. 21 december 2009, *JT* 2010, 391; R. STEENOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 336; COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 18.

²⁸¹ Art. 3, 1^e en 2^e lid Richtlijn 93/13; Art. 31 §1 WHPC en Art. 2, 28^o WMPC.

bindende kracht van hun bedingen waarover werd onderhandeld.²⁸² Inzake de wet van 2 augustus 2002 is op dit punt het systeem uit de richtlijn overgenomen. Daarnaast zijn de bedingen die in de lijst werden opgenomen *per se* onrechtmatig gemaakt, waardoor er enkel een ‘zwarte lijst’ is.²⁸³ SWENNEN betreurt dit en stelt dat in het licht van de risico’s die een verkoper zelf loopt het wenselijk zou zijn dat de lijst ‘grijs’ zou zijn, zodat de verkoper kan bewijzen dat hij niet oneerlijk handelde in het opstellen van zijn bedingen.²⁸⁴

65. De ruimere bescherming volgt ten slotte uit de bewoordingen inzake de ruimere definitie van een onrechtmatig beding. Met de woorden ‘ten nadele van de consument’ in artikel 2, 28° WMPC wordt benadrukt dat het niet de bedoeling is om bedingen ten nadele van ondernemingen te sanctioneren. In artikel 7, §2 Wet 2 augustus 2002 is gelijkaardige bewoording opgenomen. Deze toevoeging is evenwel louter van technische aard en mijns inziens overbodig, omdat bedingen die een kennelijk onevenwicht creëren praktisch gezien steeds in het nadeel van de consument zullen zijn.²⁸⁵

§2 INVULLING VAN DE TOETSINGSMAATSTAF IN BELGIË

66. België heeft enkel een ‘zwarte lijst’ met clausules die *per se* onrechtmatig zijn en dus bijgevolg verboden en nietig.²⁸⁶ De onrechtmatigheid van het betrokken beding kan ook op basis van de algemene toetsingsnorm in artikel 2, 28° en 73 WMPC worden aangevochten.²⁸⁷ Dit is een open norm, waarin naar een juridische gelijkheid tussen de partijen en naar gelijkwaardige contractuele positie gestreeft wordt. Het onevenwicht moet van die aard zijn dat er tussen redelijke mensen hierover geen verschil van mening kan bestaan. De beoordeling heeft geen betrekking op het bepalen van het voorwerp, gelijkwaardigheid van de tegenprestaties, voor zover deze bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. De rechter beschikt over een marginale toetsing, zoals blijkt uit het woord ‘kennelijk’.²⁸⁸ Hoewel de open norm belangrijke subsidiaire bescherming biedt aan de consument, heeft de wetgever ervoor gekozen dit bij de definities in artikel 2, 28° WMPC onder te

²⁸² COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 6.

²⁸³ Art. 74 WMPC / *ex art.* 32 WHPC; Art. 7 §4 Wet 2 augustus 2002; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 336; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 357; COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 3.

²⁸⁴ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, *supra* vn 7, 63.

²⁸⁵ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 208, nr. 361; COB, *Advies 2010*, *supra* vn 18, 18.

²⁸⁶ Art. 74 en 75 WMPC; A. LOMBART, “Les clauses abusives” in T. HEREMANS (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau régime*, Gent, Larcier, 2010, 107, nr. 223; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 334-335.

²⁸⁷ Art. 2.28° en 73 WMPC / *ex art.* 31-33 WHPC; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 334; G. STRAETMANS EN J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming”, *RW* 2010-11, 403.

²⁸⁸ Art. 73, laatste lid WMPC; Vred. Brussel 23 september 2003, *TBH* 2005, 160, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 209; H. DE BAUW, *Becommentarieerd wetboek handelspraktijken 2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 59.

brengen. Dit valt te betreuren, omwille van het feit dat zij een prominente plaats krijgt in zowel de Richtlijn 93/13 als in de WHPC.²⁸⁹

67. Het criterium van ‘aanzienlijke verstoring’ uit de Richtlijn werd omgezet door middel van ‘kennelijk onevenwicht’.²⁹⁰ SWENNEN merkt in die zin op dat de term die de WMPC hanteert een groter onevenwicht gelezen wordt dan dat de Richtlijn vereist en dat anders dan de Richtlijn, de toetsing beperkt is tot een marginale toetsing.²⁹¹ Zoals blijkt uit de WHPC en de WMPC heeft de Belgische wetgever het tweede criterium van ‘goede trouw’ achterwege gelaten.²⁹² Dit heeft niet tot omzettingsproblemen geleid, omdat ‘goede trouw’ als algemeen rechtsbeginsel impliciet in het Belgische recht vervat is. Ook dient ‘goede trouw’ voornamelijk voor het ‘afwegen van de onderscheiden belangen die in het geding zijn’. CAMBIE spreekt van een subjectieve invulling die ter beoordeling van het onrechtmatig karakter van het beding moet gebeuren.²⁹³

§3 BETEKENIS VOOR HET BELGISCHE RECHT

3.1. OPENBARE ORDE – QUID?

68. Nu uit het voorgaande blijkt dat het nationale recht de maatstaf blijft inzake de procedurele autonomie is het van belang te kijken naar de toepasselijke regels. In de eerste plaats wordt de Europese regeling van oneerlijke bedingen niet als ‘van openbare orde’ naar Belgisch recht beschouwd. Cassatie heeft dit ook bevestigd in een arrest van 26 mei 2005.²⁹⁴ STRAETMANS merkt terecht op dat de ambtshalve plicht tot toetsing hieraan geen afbreuk doet, maar wel een spanningsveld kan creëren.²⁹⁵

3.2. PROBLEMATIEK INZAKE DE SANCTIONERING

69. Bij de omzetting is het ‘niet binden’ verwoord door ‘*elk onrechtmatig beding is verboden en nietig*’.²⁹⁶ Wanneer vast komt te staan dat een welbepaald beding onrechtmatig is zal de rechter dit beding nietig verklaren op grond van artikel 75 WMPC.²⁹⁷ De nietigheid wordt dus beperkt tot het onrechtmatige beding en laat het voortbestaan van de overeenkomst onverlet in overeenstemming met

²⁸⁹ Art. 3 Richtlijn 93/13, Art. 2.28° WMPC en ex. art. 31 WHPC; COB, *Advies 2010*, supra vn 18, 17.

²⁹⁰ Art. 3, 2° lid Richtlijn 93/13; Art. 2, 28° WMPC en art. 31 §1 WHPC.

²⁹¹ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 82.

²⁹² Art. 2, 28° WMPC / ex Art. 31, §1 WHPC.

²⁹³ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 154, nr. 175.

²⁹⁴ Cass. 26 mei 2005, *TBBR* 2007, afl. 1, 52; Gent 23 maart 2005, *DCCR* 2006, afl. 73, 70; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, supra vn 3, 379.

²⁹⁵ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, supra vn 3, 379.

²⁹⁶ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, supra vn. 34, 213, nr. 17-18.

²⁹⁷ Art. 2.28° en 73-74 WMPC / ex art. 31-33 WHPC; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT EN D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199, nr. 336; A. LOMBART, “Les clauses abusives” in T. Heremans (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau regime*, Gent, Larcier, 2010, 113, nr. 226.

artikel 6, 1^o lid Richtlijn 93/13 en de zaken *Pereničová* en *Banesto*.²⁹⁸ De Belgische context spreekt in deze van partiële nietigheid, voor zover dit beding geen onverbreekbaar geheel vormt met de rest van de overeenkomst.²⁹⁹ De wilsautonomie van de partijen is een beslissend subjectief element daarin, maar objectief gezien zal de overeenkomst geen ondeelbaar geheel mogen vormen.³⁰⁰ Met het oog op consumentenbescherming merkt STIJNS terecht op dat er rekening moet worden gehouden met de aard van de overtreden regel. De nietigverklaring van het gehele contract kan immers tot gevolg hebben dat de beschermde persoon net het voordeel verliest van de overeenkomst.³⁰¹

3.2.1. ABSOLUUT OF RELATIEF – QUID?

70. VERHAEGEN werpt op dat het maar de vraag is of deze nietigheidssanctie het beoogde effect van de Richtlijn 93/13 bereikt. In de eerste plaats omdat in België klassiek de tweedeling bestaat tussen de absolute nietigheid, die een rechtshandeling sanctioneert die ingaat tegen de openbare orde en de relatieve nietigheid, waarbij een rechtshandeling van dwingend recht (private belangen) werd miskend.³⁰² In de tweede plaats omdat zoals uit het voorgaande volgt moet deze sanctie onder meer inhouden dat een nationale rechter de plicht heeft oneerlijke bedingen te toetsen en buiten toepassing te laten.³⁰³

Met de gekozen sanctionering inzake de nietigheid bereikt de Belgische wetgever de geschetste gevolgen slechts in zeer geringe mate. Zowel Cassatie en de meerderheid van de doctrine, beschouwen dit als relatieve nietigheid.³⁰⁴ Dit blijkt problematisch, ingevolge o.m. *Pannon* waarin duidelijk werd gemaakt dat de relatieve nietigheid, zoals die klassiek door België werd omschreven, niet volstaat.³⁰⁵ Immers enkel absolute nietigheid kan ambtshalve door de rechter worden opgeworpen. Daarnaast zal de sanctie steeds een rechterlijke uitspraak vereisen en kan de consument niet zomaar weigeren het beding toe te passen.³⁰⁶

71. De Belgische sanctionering vervolgens omvormen tot een absolute nietigheid biedt mijns inziens om drie redenen geen uitkomst. In de eerste plaats omdat het beoogde resultaat van de Richtlijn 93/13

²⁹⁸HvJ C-453/10 *Pereničová*, *supra* vn 82, r.o. 31-32; HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 65; S. STIJNS EN S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 14.

²⁹⁹S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 40-41, nr. 26 en 28.

³⁰⁰Art 75, §1, 2^o lid WMPC; Cass. 18 maart 1988, *Pas.* 1988, 868; Antwerpen 17 december 2007, *NJW* 2008, afl. 183, 448, noot R. STEENNOT.

³⁰¹S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 42, nr. 28.

³⁰²I. DEMUNYCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen” in K. BERNAUW, *Consumentenrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, 102-103, nr. 61.1 en 61.3.

³⁰³S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 213, nr. 19; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 42, nr. 28;.

³⁰⁴Cass. 26 mei 2005, *TBBR* 2007, afl. 1, 52; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 46, nr. 33; F. BOGAERT, en B. VAN BAEVINGHEM, “Contractuele aspecten van de wet marktpraktijken” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (EDS.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, *Gandaius, XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Delva*, Mechelen, Kluwer, 2011, 52, nr. 135.

³⁰⁵HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 32-34; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 215, nr. 22.

³⁰⁶S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 46, nr. 33.

steeds een tussenkomst van de rechter vereist.³⁰⁷ Ten tweede mist dit alsnog de doelstelling, vermits het onrechtmatig beding ongeldig is tussen beide partijen en t.a.v. derden, waardoor de verkoper zichzelf zou kunnen beroepen op de nietigheid van het beding en bijgevolg de overeenkomst.³⁰⁸ Ten derde omdat de wetgeving inzake de onrechtmatige bedingen slechts van dwingend recht is en niet van openbare orde, zie *supra* nr. 61 en 68.³⁰⁹

72. Als oplossing wordt door sommige auteurs een tussencategorie opgeworpen.³¹⁰ WÉRY spreekt van een derde weg : ‘*celle de la nullité relative avec un pouvoir d’office reconnu au juge*’.³¹¹ Dit heeft tot gevolg dat de tweedeling tussen relatieve en absolute nietigheid zal herwerkt en mogelijks verlaten worden, hoewel dit een element is eigen aan het Belgische recht. Hoe dan ook zal dit volgens STIJNS geen voldoende oplossing bieden, vermits de sanctie in de WMPC de ‘nietigheid’ blijft. Dit vereist nog steeds een rechterlijke tussenkomst, waardoor de consument zich niet buiten rechte kan verzetten tegen het onrechtmatig beding. Hieruit volgt dat in de toekomst er waarschijnlijk een nieuwe buitengerechtelijke sanctie aanvaard moet worden.³¹²

73. Op dit moment valt er in de doctrine een onderscheid te maken tussen twee strekkingen. CORNELIS pleit voor een autonome betekenis van de uitdrukking dat een beding ‘voor niet geschreven’ is te houden, waarbij bedingen dus krachtens de wet *ab initio* en buitengerechtelijk worden uitgeschakeld. STIJNS wijst op de optimistische interpretatie, vermits dit aan de wetgever een bepaalde opvatting toedicht over dit concept.³¹³ Daarnaast heeft de wetgever destijds uitdrukkelijk gekozen voor nietigheid en niet voor ‘niet voor geschreven’ verklaren. WÉRY verzet zich daarom tegen een veralgemening van deze uitdrukking. Hoewel STIJNS enig voorbehoud formuleert oppert zij toch voor de aanvaarding van een dergelijke sanctie.³¹⁴ Inspiratie daarvoor komt uit de Franse doctrine omtrent ‘*le réputé non écrit*’, zodat *ab initio* een onrechtmatig beding terzijde gezet kan worden, maar anders dan in het Franse recht zal de consument beschikken over een afstand van recht tot sanctionering. Hierdoor zal ook dit aspect in overeenstemming zijn met de principes uit *Pannon*.³¹⁵ In het licht van deze Franse doctrine oppert VERHAEGEN in navolging van STIJNS dan ook een andere (buitengerechtelijke) oplossing, waarin bovenstaande principes samenkomen in een nieuw concept

³⁰⁷ E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen”, *DCCR* 2009, afl. 3, 193.

³⁰⁸ S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, *supra* vn 37, 933, nr. 27.

³⁰⁹ Cass. 26 mei 2005, *TBBR* 2007, afl. 1, 52; S. STIJNS en S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 15.

³¹⁰ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing”, *supra* vn. 34, 215, nr. 25; E. SWAENEPOEL, “De onrechtmatige bedinge: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid?”, noot onder Gent 3 maart 2004, *DCCR* 2005, afl. 66, 81. C. DELFORGE, “Clauses abusives, office du juge et renonciation” noot onder Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 97.

³¹¹ P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelle dans les lois protection des consommateurs du 14 julliet 1991 et du 2 août 2002” *JT* 2003, 808.

³¹² S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 48, nr. 37.

³¹³ L. CORNELIS, *Algemene theorie*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 678, nr. 540; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 50, nr. 41.

³¹⁴ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen”, *supra* vn 181, 51, nr. 41; P. WÉRY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY, *La nullité des contrats*, Liège, Commission Université Palais, 2006, 22, nr. 12.

³¹⁵ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, 35.

‘onwerkzaamheid’.³¹⁶ De COB schuift in haar advies van 2010 eveneens de noodzaak aan een nieuwe buitengerechtelijke sanctie naar voren. Verwijzend naar een advies nr. 25 uit 2008 pleit de Commissie nog steeds voor het opnemen van ‘verklaart dat onrechtmatige bedingen geen gevolg hebben’ in de WMPC. Deze niet-werkbaarheid zal, indien de overeenkomst gehandhaafd blijft, aanleiding geven tot de toepassing van het gemeen recht om de consumentenbescherming te garanderen.³¹⁷

74. Feit is dat deze sanctie onafhankelijk is van de nationale opvatting over nietigheid. De vraag blijft mijns inziens of een dergelijke oplossing uitkomst biedt, nu dat het Hof in *Banesto* geen andere sancties dan schrapping lijkt te dulden. Hoewel naar Belgisch recht de ‘herziening’ in het kader van de WMPC werd uitgesloten, blijft er onduidelijkheid bestaan over de vraag of een aanvulling van de overeenkomst met regels van gemeen recht nog aanvaard wordt.³¹⁸

3.3. PROBLEMATIEK INZAKE PROCEDURELE AUTONOMIE

75. De zaak *Pénzügyi*, strekt ertoe de draagwijdte van de ambtshalve plicht te verduidelijken en onder te verdelen in twee fases van onderzoek.³¹⁹ De eerste fase naar de ‘werkings sfeer’ stelt naar Belgisch recht in beginsel geen problemen. Immers de rechter mag en moet de op het geschil toepasselijke regelen, ongeacht de juridische aard, ambtshalve toepassen. Al beklemtoont Cassatie dat de rechter ten alle tijden de rechten van verdediging in acht dient te nemen.³²⁰ De rechter kan ingevolge artikel 871 en 877 Ger. W. overgaan om te bevelen aan elke partij het bewijsmateriaal dat in hun bezit is over te dragen.³²¹ De toevoeging waarin aan de rechter de plicht instructiemaatregelen krijgt opgelegd is evenmin van weinig praktisch belang. Het al dan niet onderhandelde karakter is irrelevant in de Belgische context, wijzend op het ruimere toepassingsgebied van de WMPC. Inzake de wet van 2002 inzake de vrije beroepers is deze toevoeging wel relevant, vermits op dit punt het systeem uit de richtlijn is overgenomen.³²²

³¹⁶ S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Jb Hand.Med.*2009, 215, nr. 25; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen”, *DCCR* 2009, 936, nr. 29.

³¹⁷ Commissie voor Onrechtmatige Bedingen (hierna: COB), “Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorontwerp van wet betreffende bepaalde marktpraktijken”, 19 november 2008, nr. 25, 32-33, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB25_tcm325-74403.pdf

³¹⁸ HvJ C-618/10, *Banesto*, *supra* vn 152, r.o. 65; Cass. 23 maart 2006 *Pas.* 2006, 676; S. STIJNS en S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 15.

³¹⁹ HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o.48.

³²⁰ Cass. 14 april 2005, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 114, nr. 20.

³²¹ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 381.

³²² Art. 7§2 Wet 2 augustus 2002; G. STRAETMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming”, *RW* 2010-11, 403.

3.3.1. BESCHIKKINGSBEGINSEL V. EFFECTIVITEITSBEGINSEL

76. In het tweede stadium zal er vervolgens ambtshalve worden getoetst of een dergelijk beding oneerlijk is.³²³ Het *effectiviteitsbeginsel* vereist een passende consumentenbescherming. In beginsel is omwille van het *beschikkingsbeginsel* een meer getemperde rol voor de rechter weggelegd in België. Al kan dit volgens STRAETMANS worden opgevangen door een ruimere en soepele interpretatie van de door de consument ingestelde vordering en actievere toepassing van zijn vraagrecht. Op dit punt staat het effectiviteitsbeginsel op gespannen voet met het ‘*ultra-petita*’ verbod. Het is de rechter aldus verboden het voorwerp van de vordering te wijzigen.³²⁴

Teneinde dit verbod te nuanceren werpen VAN OEVELEN, RUTTEN en DUPON twee wijzen van tempering op. Enerzijds naar Frans voorbeeld de *theorie van het virtuele voorwerp*, waarbij de rechter verder kijkt dan het expliciet omschreven voorwerp naar de achterliggende impliciete aanspraken. De grenzen van de vordering verruimen ‘virtueel’ en verzoenen zo met het *ultra petita*-verbod. Anderzijds het idee van de *doelgebonden interpretatie*, waarbij rekenschap wordt gehouden met wat redelijker wijs het doel lijkt te zijn, om zo ruime grenzen van de vordering te creëren.³²⁵ Bijkomend kan worden gewezen op de leiding van de rechter binnen het debat en het daarbij behorende vraagrecht.³²⁶ Door om opheldering te vragen kan de rechter partijen dwingen om een standpunt in te nemen over een eventueel oneerlijk beding. Cassatie lijkt hierover echter tegenstrijdig te oordelen, waarbij in eerste instantie het beschikkingsbeginsel werd geschonden toen de rechter de heropening van de debatten beval met betrekking tot een niet opgeworpen geschilpunt. Meer recent besloot Cassatie dat het beschikkingsbeginsel niet werd geschonden door het heropenen van de debatten door te wijzen op de mogelijkheid van betrokkenheid van derden om die in het geding te betrekken.³²⁷

77. Een ander punt vormt de plaats van de partijautonomie binnen de Belgische context. Procedurele akkoorden die partijen gesloten hebben dienen te worden gerespecteerd door de rechter, waardoor zijn actieve rol enigszins is ingeperkt. In het licht van medezeggenschap van de consument, volgend uit *Pannon*, lijkt dit verzoenbaar met het effectiviteitsbeginsel.³²⁸ Derhalve moet worden aangestipt dat de consument met ‘kennis van zaken’ afstand heeft gedaan, waardoor stilzwijgende procedurele akkoorden vanzelfsprekend zijn uitgesloten in het licht van de consumentenbescherming.³²⁹

³²³ HvJ C-137/08 *Pénzügyi*, *supra* vn 51, r.o. 51-53 en 56.

³²⁴ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 382; B. ALLEMEERSCH, “De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN, *Gerechtelijk Recht. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van...*, Brugge, Die Keure, 2006, 7, nr. 10.

³²⁵ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 118, nr. 24.

³²⁶ P. DAUW en S. VOET, “Gewijzigd gerechtelijk recht. Wet van 26 april 2007 met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand”, *NJW* 2007, 590, nr. 73; B. ALLEMEERSCH, “De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN, *Gerechtelijk Recht. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van...*, Brugge, Die Keure, 2006, 3, nr. 4.

³²⁷ Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 252; Cass. 3 april 2006, *JLMB* 2007, 850; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 119, nr. 24.

³²⁸ HvJ C-243/08 *Pannon*, *supra* vn 51, r.o. 35.

³²⁹ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 116, nr. 22.

3.3.2. HOGER BEROEP - CASSATIE

78. Eigen aan het hoger beroep is het feit dat de saisine beperkt is tot die geschilpunten die hem door procespartijen effectief werden voorgelegd en aangevochten. Aldus gelden dezelfde afwegingen als hierboven met betrekking tot het beschikkingsbeginsel.³³⁰ Op het vlak van de voorziening in cassatie beperkt de strenge interpretatie, van wat een onontvankelijk nieuw middel uitmaakt, de consumentbescherming en de rol die de rechter daarin heeft. Cassatie oordeelde in 2008 dat zelfs al raakt een middel de openbare orde of is het van dwingend recht is het onontvankelijk en nieuw wanneer blijkt dat enig feit nog niet voor de feitenrechter is aangevoerd. Met andere woorden kan een consument beschermende wetsbepaling slechts voor het eerst in cassatie worden ingeroepen, wanneer de relevante feiten die nodig zijn voor de toepassing van deze bepaling, door de partijen voor de feitenrechter werden aangevoerd.³³¹ Wellicht is op dit vlak de procedure voor Cassatie problematisch in het licht van de ambtshalve plicht.

3.3.3. VERSTEK

79. In hoeverre de ambtshalve inroepbaarheid doorwerkt in geval van verstek zijn twee visies te onderscheiden. De minimalistische opvatting meent dat de rechter enkel moet nagaan of de partij correct werd opgeroepen, de grond van de zaak moet hij achterwege laten. Cassatie is echter de minimalistische visie toegedaan die de rechter verplicht de vordering nauwkeurig te onderzoeken en de grondslag nagaan, naast zijn bevoegdheid.³³² Hierdoor weet de consument zich beschermd door de actieve rechter die ambtshalve het onrechtmatig karakter van bedingen zal opwerpen.³³³

³³⁰ G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 383.

³³¹ Cass. 8 september 2008, *Pas.* 2008, 1880; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 122, nr. 28; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 383.

³³² Cass. 14 november 2006, *Pas.* 2006, 233.

³³³ A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* vn 147, 120, nr. 25; G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen”, *supra* vn 3, 383.

80. Nog voor het arrest *Pannon*, waarin de reikwijdte van de ambtshalve plicht tot toetsing tot uiting kwam, bestond er Belgische rechtspraak waarin het onrechtmatig karakter van bedingen reeds ambtshalve werd opgeworpen. Cassatie oordeelde dat ongeacht of de regel van openbare orde of dwingend recht is, de rechter verplicht is ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is.³³⁴

In het bijzonder kan ook gewezen worden op een vonnis van Antwerpen uit 2007 waarin men uitdrukkelijk een toepassing maakte van de arresten *Océano* en *Cofidis*.³³⁵ Ook het vredegerecht Brussel merkt op dat de rechter niet het recht, maar de plicht heeft om ambtshalve het middel op te werpen dat uit het eventueel onrechtmatige karakter van de clause gehaald wordt en zo zelfs zijn eigen bevoegdheid in vraag te stellen.³³⁶

Meer recent werd er door het hof van beroep te Gent toepassing gemaakt van de *Pannon* zaak, waarin de rechter ambtshalve het wederkerigheidsvereiste inzake een schadebeding geschonden zag.³³⁷ Ook omtrent het transparantievereiste liep België reeds vooruit op de zaken. In 2013 bevestigde het Hof de visie van de Belgische rechters die reeds oordeelden dat bedingen oneerlijk kunnen zijn indien zij onduidelijk en voor verschillende interpretaties vatbaar zijn.³³⁸ Niettegenstaande blijven sommige rechters de rechtspraak van het Hof omtrent oneerlijke bedingen miskennen.³³⁹ Onder meer werd de actieve rol van de rechter miskend in een zaak voor het hof van beroep te Gent.³⁴⁰

³³⁴ Cass. 14 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 868, noot. P. DE COSTER; F. BOGAERT en B. VAN BAEVINGHEM, “Contractuele aspecten van de wet marktpraktijken” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Gandiaus, XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Delva, Mechelen, Kluwer, 2011, 53, nr.139.

³³⁵ Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529; Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot. C. DELFORGE; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Jb Hand.Med.*2009, 208.

³³⁶ Vred. Brussel, 2 maart 2010, *Ius & Actores* 2010, 61, noot A. Berthe.

³³⁷ Gent 4 januari 2012, *Juristenkrant* 2012, 7.

³³⁸ Voorz. Kh. Brussel 16 juni 2003, *TBH* 2003, afl. 10, 893, noot. L. KERZMANN en Voorz. Kh. Brussel 16 juni 2003, *TBH* 2003, afl. 10, 900, noot. L. KERZMANN.

³³⁹ S. STIJS EN S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 15.

³⁴⁰ Gent 20 oktober 2010, *DCCR* 2011, 198, noot P. CAMBIE.

HOOFDSTUK 4 RECHTSVERGELIJKEND KADER

§1 INSPIRATIE UIT VERSCHILLENDE LANDEN

81. De initiële voorstellen waren gericht op het Franse model, later volgden elementen uit het Duitse model, zodat de uiteindelijke Richtlijn 93/13 beide systemen enigszins in zich heeft.³⁴¹ Hoe dan ook volgt uit de Richtlijn geen eenduidig systeem, waardoor het interessant is de impact van deze rechtspraak en rechtsleer bij onze buurlanden te bekijken.³⁴²

§2 NEDERLAND

2.1. OMZETTING

82. De regelgeving vindt zijn oorsprong in de wet van 18 juni 1987, nadien vervat in het NBW.³⁴³ Waarbij dit zich, naar Duits model, vooral toespitste op algemene voorwaarden en verder reikte dan consumentenovereenkomsten.³⁴⁴ Deze wetgeving werd daarom beschouwd als afdoende om aan de omzettingplicht te voldoen.³⁴⁵ De Commissie achtte dit onvoldoende en het Hof trad deze visie bij in de zaak C-144/99 waarbij Nederland werd veroordeeld voor een gebrekkige omzetting.³⁴⁶ Daarop kwam de wet van 28 oktober 1999 die boek 6 van het Burgerlijk Wetboek heeft aangepast en ten slotte in 2004 een laatste amendement.³⁴⁷ Belangrijk is dat de wetgever, anders dan de richtlijn, het bestemmingscriterium i.p.v. ‘niet-onderhandelde bedingen’ als uitgangspunt hanteert.³⁴⁸ Inzake de inhoudelijke omzetting is de open norm ‘oneerlijk’ ingevuld met ‘onredelijk bezwarend’.³⁴⁹ De invulling kan ook gebeuren aan de hand van de zwarte of de grijze lijst, gezien de indicatieve functie hiervan.³⁵⁰

2.2. PROBLEMATIEK

83. De Nederlandse wetgeving inzake de oneerlijke bedingen is niet van openbare orde. Hierdoor bepalen de partijen de grenzen van het geding en is een passieve rol voor de rechter weggelegd.³⁵¹ In beginsel is niet mogelijk om de sanctie die staat op oneerlijke bedingen ambtshalve in te roepen, vermits het Nederlandse procesrecht dit recht dus enkel voorbehoud aan partijen.³⁵² PAVILLON en SNIJDERS voeren echter aan dat men hierdoor terug kan vallen op artikel 6:248 lid 2 BW die stoelt op

³⁴¹ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 352.

³⁴² G. STRAETMANS EN C. CAUFFMAN, “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, supra vn 7, 107.

³⁴³ Wet 18 juni 1987, *Staatsblad* 1987, nr. 237.

³⁴⁴ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 441, nr. 750.

³⁴⁵ Art 6:231-247 BW; J. SMITS, “Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie”, WPNR 2001, afl. 6461, 853-855; W. VAN BOOM EN R. KOTTENHAGEN, “De richtlijn”, supra vn 64, 141.

³⁴⁶ HvJ C-144/99, *Commissie v. Nederland*, 10 mei 2001, *Jur.* 2001, I, 3541, r.o. 17-18 en 21.

³⁴⁷ Wet van 28 oktober 1999 tot aanpassing van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende de Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Stb 1999, 468; B. WESSELS, R. JONGENEEL EN M. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden - Recht en Praktijk nr. 143*, Deventer, Kluwer, 2006, 12; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER EN M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 128 en 216.

³⁴⁸ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 477, nr. 815.

³⁴⁹ Art. 6:233 sub a BW

³⁵⁰ Art. 6:236 en 6:237 BW; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 99; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER EN M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 397-402.

³⁵¹ Art. 24 en 25 Burgerlijk Wetboek; C. PAVILLON, “Dutch case note on Mostaza Claro” *ERPL* 2007, 745.

³⁵² Art. 6:233 sub a BW; B. WESSELS, R. JONGENEEL EN M. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden - Recht en Praktijk nr. 143*, Deventer, Kluwer, 2006, 290.

de redelijkheid en billijkheid of 3:40 lid 2 BW, waarin het laatste lid een ambtshalve bevoegdheid toelaat bij strijdigheid met een dwingende wetsbepaling.³⁵³ Bepaalde auteurs zijn van mening dat een dergelijke invulling niet strookt met Europese vereisten. De werkgroep van Nederlandse rechters volgt deze redenering niet, maar uit wel enige voorkeur voor de benadering uit art. 3:40 lid 2 BW, vermits deze het nauwste aansluit bij de *Asturcom*-zaak.³⁵⁴

Een ander problematisch punt betreft de partijautonomie, waarin de rechter enkel de feiten die partijen hebben aangevoerd ten grondslag mag leggen. Anderzijds dient hij ambtshalve wel de rechtsgronden aan te vullen. Binnen de grenzen van het geding heeft hij een leidende rol, maar m.b.t. aanleg en de omvang dient hij lijdelijk te zijn.³⁵⁵ Op basis van de substantiëringsplicht vervat in art. 21 RV kan de rechter vragen om verduidelijking bij een impliciet beroep op een beding en zo deze in het geding brengen.³⁵⁶ Hiermee lijkt het spanningsveld inzake partijautonomie en het effectiviteits- en doeltreffendheidsbeginsel opgelost. Immers de rechter is eveneens toegestaan krachtens algemene ervaringsregels feiten uit het gestelde af te leiden.³⁵⁷

§3 FRANKRIJK

3.1. OMZETTING

84. Bij de omzetting is ervoor gekozen de Europese bepalingen te integreren in de bestaande Code de la Consommation.³⁵⁸ Er bestond reeds de '*Loi Scriverner*' als regeling inzake oneerlijke bedingen sinds 1978, waardoor het Franse systeem ook model heeft gestaan voor de Richtlijn.³⁵⁹ De werkelijke omzetting is evenwel laattijdig gebeurd op 28 februari 1995 in de artikelen L 132-1 C.Cons e.v.³⁶⁰ In het licht van de minimumharmonisatie is Frankrijk op een aantal vlakken verder te gaan dan noodzakelijk. Bij gebrek aan een definitie van 'consument' heeft de jurisprudentie een zeer brede notie gegeven aan het begrip consument.³⁶¹ In die zin kan de zaak *Chronopost* worden aangehaald waarin zelfs een clause in een B2B-contract aanleiding gaf tot een toetsing.³⁶² Hoewel Cassatie later zijn opvatting milderde werd er een breder toepassingsgebied gecreëerd.³⁶³ Daarnaast is het toepassingsgebied uitgebreid naar onderhandelde bedingen. Inzake de open norm werd de 'goede

³⁵³C. PAVILLON, "De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen", *NTBR* 2007, afl. 4, 156; H. SNIJDERS, "Aanvulling van gronden van EU-recht" in A. HARTKAMP, C. SIEBURG EN L. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Hoofddorp, Kluwer, 2007, 91.

³⁵⁴LOVCK, *Eindverslag 2010*, supra vn 167, 12.

³⁵⁵ Art. 24-25 RV.

³⁵⁶LOVCK, *Eindverslag 2010*, supra vn 167, 13.

³⁵⁷ Art. 149 RV

³⁵⁸Hierna C. Cons; H. DAVO, "Clauses abusives: loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français", *ERPL* 1997, 157.

³⁵⁹Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 Dite *scriverner* sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JORF* 11 janvier 1978, 301.

³⁶⁰Loi no 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* n°28, 2 février 1995, 1755; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER EN M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 77.

³⁶¹ Cass. (FR) 5 maart 2002, *Bulletin* 2002, I, afl. 78, 60.

³⁶² Cass. (FR) 22 oktober 1996, *Bulletin* 1996, IV, afl. 262, 223; D. MAZEAUD, "Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?", *Recueil Dalloz* 2010, 1832-1839.

³⁶³ Cass. (FR) 22 april 2005, *Bull. civ.* 2005 MIXT, afl. 4, 10;

trouw' niet expliciet opgenomen in haar wetgeving.³⁶⁴ Oneerlijke bedingen worden voor 'niet geschreven geacht'.³⁶⁵ De 'lijst' was (grijze zone) louter indicatief, tot de wijziging van artikel L 132-1.³⁶⁶

3.2. PROBLEMATIEK

85. In beginsel was Cassatie afkerig de ambtshalve plicht voor de C.C. te erkennen.³⁶⁷ Dit werd ondervangen door het invoeren van artikel L. 141-4 C.C. Waarin "*le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application*".³⁶⁸ In 2009 veranderde Cassatie dan ook haar standpunt "*que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge*".³⁶⁹ Hierdoor werd wel het toepassingsgebied van artikel L 141-4 C.C. ingeperkt tot openbare orde.³⁷⁰ Voorts wordt er in de doctrine nog een onderscheid gemaakt tussen '*ordre public de direction*' en '*ordre public de protection*', waarbij de onrechtmatigebedingenleer enkel deze laatste aanbelangt.³⁷¹ Vandaag de dag wordt artikel L 141-4 C.C. toch vaak toegepast.³⁷² PIZZIO wijst er dan ook op dat, gezien het algemene karakter van deze tekst, er geen plaats is om te onderzoeken of de rechter zijn kracht ontleent aan de richtlijn of aan nationale wetgeving zoals voorheen het geval was.³⁷³ Daarnaast moet worden benadrukt dat het beginsel van partijautonomie vervat in '*le principe dispositif*', de rechter wel nog bindt.³⁷⁴ De rechter is voorts verboden '*ultra petita*' te oordelen.³⁷⁵ Dit heeft voornamelijk betrekking op de afbakening van het geding en de bewijslevering (*moyen de droit*), maar inzake het onderzoek heeft de rol een actieve rol in de feitenverzameling en het uitoefenen van het vraagrecht.³⁷⁶ De sanctie bij onrechtmatigheid is de relatieve nietigheid en men aanvaardt dat de rechter ambtshalve dit kan opwerpen, zodat dit aansluit bij het doel van 'niet binden'. Sindsdien blijft de wetgever verder initiatieven nemen om de consumentbescherming uit te breiden.³⁷⁷

³⁶⁴ Art. L-132-1 Cons.Code.

³⁶⁵ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, "Onrechtmatige bedingen", *DCCR* 2009, 936, nr. 28.

³⁶⁶ B. WESSELS, R. JONGENEEL en M. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden - Recht en Praktijk nr. 143*, Deventer, Kluwer, 2006, 28-29; H. SWENNEN, "Het voorstel van richtlijn", *supra* vn 7, 99; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium, supra* vn 8, 397-402.

³⁶⁷ Cass. 15 février 2000, *Bulletin* 2000, I, N° 49, 34; Cass. 10 juillet 2002, *Bulletin* 2002 I N° 195, 149.

³⁶⁸ Loi n° 2008 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, *JORF* n°3 du 4 janvier 2008; N. FRICERO, "Procédure civile", *Recueil Dalloz* 2010, 142.

³⁶⁹ Cass. 22 janvier 2009, *Bulletin* 2009, I, N° 9, 176.

³⁷⁰ J. PIZZIO, "Le Marché intérieur des consommateurs, le droit de la consommation d'origine communautaire et son applicaion dans les états membres de l'union Européenne", *INC Hebdo* 2009, afl. 1510, 6.

³⁷¹ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, "Onrechtmatige bedingen", *DCCR* 2009, 943, nr. 42.

³⁷² Cass. 4 mai 2012, 11-14.307, Non publié au bulletin, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³⁷³ J. PIZZIO, "Le Marché intérieur des consommateurs, le droit de la consommation d'origine communautaire et son applicaion dans les états membres de l'union Européenne", *INC Hebdo* 2009, afl. 1510, 6.

³⁷⁴ Art. 4 en 5 CPC; B. ALLEMEERSCH, "De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces" in P. Van Orshoven, *Gerechtelijk Recht. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van...*, Brugge, Die Keure, 2006, 1, nr. 2; N. FRICERO, "Procédure civile", *Recueil Dalloz* 2010, 142.

³⁷⁵ Art. 7; 12, 2e lid; 16§13, Code de procédure civile (CPC); A. HERB, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 162.

³⁷⁶ 3 en 9-10 CPC; S. WHITTAKER, "Who Determines What Civil Courts Decide? Private Rights, Public Policy and EU Law" in D. LECZYKIEWICZ & S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, Oxford, Hart Publishing 2012, Oxford Legal Studies Research Paper No. 46/2012, 18, <http://ssrn.com/abstract=2118433>.

³⁷⁷ Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, *Doc. Parl.* 2010-2011, Assemblée nationale, 23 décembre 2011, n° 4141; Proposition de loi portant création d'une action de groupe en matière de consommation, de concurrence et de santé de M.J. MÉZARD, *Doc. Parl* 2012-2013, Sénat 5 avril 2013, n° 484.

§4 DUITSLAND

4.1. OMZETTING

86. Vanaf 1976 was er het Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dit voorzag in een verregaande bescherming, die zich voornamelijk toespitste op algemene voorwaarden, maar niet louter op consumentenovereenkomsten.³⁷⁸ Het Duitse systeem diende eveneens als model voor de Richtlijn 93/13.³⁷⁹ Ter (laattijdige) omzetting werd het AGBG minimaal gewijzigd door de wet 25 juli 1996. Sinds de herziening in 2002 werd deze regelgeving ingevoegd in §305-310 BGB.³⁸⁰ Er is sprake van een strikte minimum harmonisatie. Het Bundesgerichtshof heeft voor de wettelijke verankering het transparantiebeginsel reeds ondergebracht onder de ‘open norm’.³⁸¹ Het vereiste van ‘goede trouw’ wordt wel benadrukt, waarbij de open norm beschouwd wordt als een uitwerking daarvan.³⁸² In de rechtsleer zijn twee strekkingen terug te vinden, waarbij enerzijds sommige auteurs de ongepaste benadeling besloten ligt in het vereiste van goede trouw. Anderzijds benadrukken anderen de wisselwerking tussen beide criteria, waarbij de goede trouw vereist dat het onevenwicht aanzienlijk is.³⁸³ Voorts worden oneerlijke bedingen onwerkzaam (*Unwirksamheit*), verklaard dat zeer nauw aansluit bij het ‘niet binden’.³⁸⁴ Duitsland koos voor enkel een zwarte lijst.³⁸⁵

4.1. PROBLEMATIEK

87. De basisprincipes in de burgerlijke procedure zijn ‘*Dispositionsmaxime*’ en het ‘*Verhandlungsgrundsatz*’.³⁸⁶ In beginsel komt het dus aan de partijen toe om de grenzen van het geding af te bakenen en geldt ook hier *ultra petita*-verbod. Enkel in bepaalde onomstreden gevallen kan de rechter verder gaan dan de grenzen van het geding, dit is niet het geval voor consumentenbescherming. In alle gevallen kan de rechter echter wel overgaan tot ‘*Hinweise*’, waarbij partijen sturing wordt gegeven in het geding.³⁸⁷ Het *Dispositionsmaxime* staat dus op spanning met de reeds besproken rechtspraak van het Hof, al geldt dit niet voor het *Verhandlungsgrundsatz*. Dit omwille van het feit dat Duitsland het beginsel ‘*iura novit curia*’ aanhangt. Zelfs indien de partijen de feiten en juridische onderbouwing eensgezind aandragen, zal de rechter hierdoor niet gebonden zijn. Dit beginsel strekt zich zelfs uit tot internationale bevoegdheid en toepasselijk recht, waarbij de Duitse

³⁷⁸ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9 Dezember 1976, *BGBL*, I, 3317; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 360-361.

³⁷⁹ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 352.

³⁸⁰ Gesetz vom 19 juli 1996 zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung, *BGBL*, 1996, I, n° 36, 1013.

³⁸¹ §307 lid 3 BGB / §9 (1) ex AGBG; N. REICH, “The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany” in *ERPL* 1997, afl. 2, 170-172.

³⁸² E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 550, nr. 933.

³⁸³ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 550, nr. 933.

³⁸⁴ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen”, *DCCR* 2009, 936, nr. 29.

³⁸⁵ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn”, supra vn 7, 99; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, supra vn 8, 397-402.

³⁸⁶ P. MURRAY EN R. STÜRNER, *German civil justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, 11; S. WHITTAKER, “Who Determines What Civil Courts Decide? Private Rights, Public Policy and EU Law” in D. LECZYKIEWICZ & S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, Oxford, Hart Publishing 2012, Oxford Legal Studies Research Paper No. 46/2012, 13, <http://ssrn.com/abstract=2118433>.

³⁸⁷ §308 lid 1 BGB; P. MURRAY EN R. STÜRNER, *German civil justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, 157 en 164.

rechter deze dus steeds *ex officio* zal moeten toepassen, ongeacht of de partijen dit zelf naar voren brengen.³⁸⁸ Derhalve zal de impact van de Europees opgelegde ambtshalve toetsing en de bijkomende onderzoeksplicht beperkt zijn.

§5 KORT TUSSENBSLUIT

88. Inzake de open norm kan een grote mate van overeenstemming worden vastgesteld. Hoewel Frankrijk (nadruk op onevenwicht) en Duitsland samen met Nederland (resultaat van onevenwicht) een tegengesteld uitgangspunt hanteren, blijft in de praktijk de uitkomst hetzelfde.³⁸⁹ Naar Frans recht is de onrechtmatigebedingenleer van een speciale openbare orde, met een relatieve nietigheid, die ambtshalve kan worden opgeworpen. Op deze manier heeft men bepaalde beginselen verzoend om tot een richtlijnconforme oplossing te komen. In Nederland heeft men ook via de bestaande nationale procesregels tot een conforme oplossing proberen te komen, al blijft dit de vraag of dit voldoende waarborgen biedt. Hoe dan ook zal de nieuwe richtlijn Consumentenrecht een nieuw licht schijnen op dit alles.

HOOFDSTUK 5 CONCLUSIE

Met het arrest *Océano* heeft het Hof zich voor de eerste maal uitgesproken over de ambtshalve bevoegdheid inzake de Richtlijn 93/13, in de navolgende arresten *Cofidis* en *Asturcom* werd aan de nationale rechter de ambtshalve plicht opgedragen. *Pannon* en *Pénzügyi* verduidelijkten vervolgens de draagwijdte, maar zorgden tegelijkertijd voor een spanningsveld met de procedurele autonomie van de lidstaten. In *Van der Weerd* en *Van Schijndel* werd deze ambtshalve plicht beperkt tot de uitzonderlijke gevallen. Gelet op de doel en strekking van de Richtlijn 93/13 en bijgevolg, in het licht van *Rampion* en *Martin Martin*, alle andere consumentbeschermende richtlijnen lijkt volgens het Hof een afdoende belang om ambtshalve te toetsen aanwezig. Hoewel dat dit doet vermoeden dat het Hof een openbare orde karakter heeft willen toekennen aan de Richtlijn 93/13, is dit mijns inziens niet het geval.

Het belang van de consumentenbescherming is derhalve van dwingend recht. Dit volgt ook uit het feit dat de plicht tot ambtshalve toetsing geen plicht tot sanctionering inhoudt, de consument dient met kennis medezeggenschap over de gevolgen van een oneerlijk beding uit te oefenen. Deze wilsautonomie volgt eveneens uit de tweede doelstelling van de Richtlijn 93/13 betreffende het vormen van de interne markt. Enige kanttekening vormt daarbij de positie van de verkoper, die als noodzakelijke schakel binnen de interne markt, geen enkele bescherming geniet.

³⁸⁸ S. WHITTAKER, “Who Determines What Civil Courts Decide? Private Rights, Public Policy and EU Law” in D. LECZYKIEWICZ & S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, Oxford, Hart Publishing 2012, Oxford Legal Studies Research Paper No. 46/2012, 13-17, <http://ssrn.com/abstract=2118433>.

³⁸⁹E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, supra vn 8, 544, nr. 924.

De klassieke onderdelen van de procedurele autonomie komen door de besproken rechtspraak onder druk te staan. Hoewel het nationale recht de maatstaf blijft en enkel in uitzonderlijke gevallen opzij kan worden gezet, moet in het licht van de *Res judicata* afweging in *Asturcom* en verregaande onderzoeksplicht die volgt uit *Pannon*, toch worden besloten dat het nationale procesrecht meer dan eens ter discussie werd gesteld. Ook in *Pénzügyi* werd een nationale regel die vermoedelijk samenhangt met het lijdelijkheidsbeginsel met de voeten getreden. Mijns inziens is het dan ook correct om te stellen dat het Hof in het licht van de consumentenbescherming afstand neemt van de *Van Schijndel*-leer. Het Hof verkiest de harmonisatie van de procedurele aspecten boven de harmonisatie van de inhoudelijke aspecten van de toets, wijzend op de blijvende onduidelijkheid inzake ‘goede trouw’.

Die impact blijft in België ook niet zonder gevolgen. Inzake de discussie die er bestaat omtrent de sanctionering, ben ik van mening dat het nieuwe concept ‘*onwerkzaamheid*’, naar Duits model, tot het meest bevredigende resultaat zal leiden. De problematiek omtrent het *ultra-petita* verbod kan mijns inziens best ondervangen worden door het Frans geïnspireerde idee van ‘*doelgebonden interpretatie*’. Deels omdat beide landen ook model hebben gestaan voor de Richtlijn zelf, maar ook omdat men op die manier de bestaande gemeenrechtelijke wijzen kan integreren in het consumentenbeleid. Met het oog op de toekomst stelt zich echter de vraag in hoeverre deze oplossingen nog nodig gaan zijn, vermits de nieuwe Richtlijn Consumentenrechten een maximale harmonisatie beoogt. Het valt af te wachten hoe deze nieuwe bepalingen worden verzoend met de reeds bestaande en soms verdergaande bescherming die er in het licht van de Richtlijn 93/13 al op nationaal vlak is geboden.

BIJLAGEN

1. BIBLIOGRAFIE

I. WETGEVING

A. EUROPESE WETGEVING

- Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb. L.* 372, 31 december 1985, 31-33.
- Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *Pb. L.* 1987, 12 februari 1987, 42, gewijzigd bij Richtlijn 87/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1988, *Pb. L.* 101, 1 april 1988, 17.
- Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB.L.* 95, 21 april 1993, 29.
- Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garantie voor consumptiegoederen, *Pb. L.* 171, 7 juli 1999, 11
- Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM/90/322 Final, *Pb. C.*, 28 september 1990, 2.
- Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM (2008) 614 def, 8 oktober 2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:NL:PDF>

B. NATIONALE WETGEVING

1. België

- Wet 14 Juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, 22399.
- Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010.
- KB 9 Juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens en de algemene verkoopvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen, *BS* 9 augustus 2000, 27300.
- KB 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, *BS* 19 januari 2007, 2363.

- Wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002, 51704

3. Nederland

- Wet 18 juni 1987, *Staatsblad* 1987, nr. 237.
- Wet van 28 oktober 1999 tot aanpassing van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Stb* 1999, 468;

4. Frankrijk

- Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 Dite scriverner sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JORF* 11 janvier 1978, 301.
- Loi no 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* n°28, 2 février 1995, 1755.
- Loi n° 2008 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, *JORF* n°3 du 4 janvier 2008.
- Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, *Doc. Parl.* 2010-2011, Assemblée nationale, 23 décembre 2011, n° 4141.
- Proposition de loi portant création d'une action de groupe en matière de consommation, de concurrence et de santé de M.J. MÉZARD, *Doc. Parl* 2012-2013, Sénat 5 avril 2013, n° 484.

5. Duitsland

- Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9 Dezember 1976, *BGBL*, I, 1103.
- Gesetz vom 19 juli 1996 zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung, *BGBL*. 1996, I, n° 36, 1013.

C. ADVIES

- Advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, “Advies over de omzetting van de richtlijn 93/13/eeg van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten“, 19 september 1996, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB2_tcm325-74384.pdf
- Advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, “Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorontwerp van wet betreffende bepaalde marktpraktijken“, 19 november 2008, nr. 25, 32-33, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB25_tcm325-74403.pdf
- Advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, “Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorstel voor richtlijn betreffende

consumentenrechten“, 9 juni 2010, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB%2028-def_tcm325-106718.pdf

- Advies van LOVCK / Nederland, “Eindverslag werkgroep ambtshalve toepassing van het Europees consumentenrecht“, 17 februari 2010, http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel_recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf
- Report from the Commission, “Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, 27 april 2000, COM(2000)248 Final, *Pb. C* 248, 29 augustus 2000, 8.

II. RECHTSPRAAK

A. EUROPESE RECHTSPRAAK

1. RECHTSPRAAK

- HvJ 45-76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, 16 december 1976, *Jur.* 1976, 2043.
- HvJ C-120/78 *Rewe-Zentralag v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979, *Jur.* 1979, I, 649.
- HvJ 243-78, *Commissie v. Simmenthal SPA*, 5 maart 1980, *Jur.* 1980, 593.
- HvJ C-106/89, *Marleasing SA v. Comercial Internacional de Alimentacion SA*, 13 november 1990, *Jur.* 1990, I, 4135.
- HvJ C312-93, *Peterbroeck, v. Belgische Staat*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, 4615
- HvJ C-430/93 en C-431/93, *J. van Schijndel en J. N. C. van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, 14 december 1995, *Jur.* 1995, I, 04705.
- HvJ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, 1 juni 1999, *Jur.* 1999, I, 3055.
- HvJ C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 27 juni 2000, *Jur.* 2000, I, 4941.
- HvJ C-144/99, *Commissie v. Nederland*, 10 mei 2001, *Jur.* 2001, I, 3541.
- HvJ C-541/99 en C-542/99, *Cape Snc v Idealservice Srl en Idealservice MN RE Sas v OMAI*, 22 november 2001, *Jur.* 2001, I, 9049.
- HvJ C-478/99, *Commissie v. Zweden*, 7 mei 2002, *Jur.* 2002, I, 4147.
- HvJ C-473/00 *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*, 21 november 2002, *Jur.* 2002, I, 10875.

- HvJ C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, 1 april 2004, *Jur.* 2004, I, 3403.
- HvJ C-302/04 *Ynos kft v. János Varga*, 10 januari 2006, *Jur.* 2006, I, 371.
- HvJ C-234/04, *Kapferer*, 13 maart 2006, *Jur.* 2006, I, 2585.
- HvJ C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, 6 oktober 2009, *Jur.* 2009, I, 9579.
- HvJ C-168/05 *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, 26 oktober 2006, *Jur.* 2006, I, 10421.
- HvJ C-222/05 - C-225/05, *J. van der Weerd en anderen, H. de Rooy sr. en H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever en anderen en B. J. van Middendorp tegen Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 7 juni 2007, *Jur.* 2007, I, 04233.
- HvJ C-429/05 *Rampion en Godard t/ SA Franfinance en K par K sas*, 4 oktober 2007, *Jur.* 2007, I, 8050.
- HvJ C-412/06, *Hamilton*, 10 april 2008, *Jur.* 2008, I, 2382.
- HvJ C-243/08 *Pannon GSM Zrt. V. Erzsébet Sustikné Gyorfí*, 4 juni 2009, *Jur.* 2009, I, 4713.
- HvJ C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. tegen Ferenc Schneider*, 9 november 2010, *Jur.* 2010, I, 10847.
- HvJ C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores SL*, 17 december 2009, *Jur.* 2009, I, 11939.
- HvJ C-76/10, *Pohotovost' s.r.o. v. Iveta Korčková*, 16 november 2010 *Jur.* 2010, I, 11557.
- HvJ C-453/10 *Pereničová en Perenič*, 15 maart 2012, ongepubl., <http://www.curia.europa.eu>
- HvJ C-618/10, *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 juni 2012, ongepub. <http://www.curia.europa.eu>
- HvJ C-92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 21 maart 2013, ongepub. <http://www.curia.europa.eu>

2. CONCLUSIES

- Concl. Adv. Gen. DARMON in gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, 29 mei 1991, *Jur.* 1991, I, 3768.
- Concl. Adv. Gen. SAGGIO in zaak C-240/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores SA v. José M. Sanchez Alcon Prades*, 16 december 1999, *Jur.* 2000, I, 4943.
- Concl. Adv. Gen TIZZANO in zaak C-302/04, *Ynos*, 10 januari 2006, *Jur.* 2006, I, 371.
- Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C-227/08 *Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L.*, 7 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 11939.
- Concl. Adv.Gen.TRSTENJAK, in zaak C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, 14 mei 2009, *Jur.* 2009, I, 9579.
- Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak 453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič v. S.O.S. financ, spol. Sro*, ongepubl. <http://www.curia.europa.eu>,
- Concl. Adv. Gen. TRSTENJAK in zaak C-618/10 *Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino*, 14 februari 2012, ongepubl. <http://www.curia.europa.eu>.
- Concl. Adv. Gen TRSTENJAK in zaak C 92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, 13 september 2012, ongepubl. <http://www.curia.europa.eu>

B. NATIONALE RECHTSPRAAK

1. België

- Arbitragehof 26 oktober 2005, *RW* 2006-07, 442.
- Cass. 18 maart 1988, *Pas.* 1988, 868.
- Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 252.
- Cass. 3 april 2006, *JLMB* 2007, 850.
- Cass. 14 april 2005, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL.
- Cass. 14 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 868, noot. P. DE COSTER.
- Cass. 26 mei 2005, *TBBR* 2007, afl. 1, 52.
- Cass. 8 september 2008, *Pas.* 2008, 1880.
- Gent 23 maart 2005, *DCCR* 2006, afl. 73, 70.

- Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot. C. DELFORGE.
- Antwerpen 17 december 2007, *NJW* 2008, afl. 183, 448, noot R. STEENNOT.
- Gent 20 oktober 2010, *DCCR* 2011, 198, noot P. CAMBIE.
- Gent 4 januari 2012, *Juristenkrant* 2012, 7.
- Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529.
- Vred. Brussel, 2 maart 2010, *Ius & Actores* 2010, 61, noot A. BERTHE.
- Vred. Brussel 23 september 2003, *TBH* 2005, 160, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.
- Voorz. Kh. Brussel 16 juni 2003, *TBH* 2003, afl. 10, 893, noot. L. KERZMANN

2. Frankrijk

- Cass. 22 oktober 1996, *Bulletin* 1996, IV, afl. 262, 223.
- Cass. 15 februar 2000, *Bulletin* 2000, I, afl. 49, 34.
- Cass. 5 maart 2002, *Bulletin* 2002, I, afl. 78, 60.
- Cass. 10 juli 2002, *Bulletin* 2002 I, afl. 195,149.
- Cass. 22 april 2005, *Bull. civ.* 2005, afl. 4, 10.
- Cass. 22 janvier 2009, *Bulletin* 2009, I, afl. 9, 176.
- Cass. 4 mai 2012, 11-14.307, Non publié au bulletin, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

III. RECHTSLEER

B. ALLEMEERSCH, “De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN, *Gerechtelijk Recht. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van...*, Brugge, Die Keure, 2006, 114p.

ANCERY, A. en KRANS, H., “Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht”, *RM Themis* 2009, 191-200.

F. BOGAERT, en B. VAN BAEVINGHEM, “Contractuele aspecten van de wet marktpraktijken” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (EDS.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Gandaius, XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Delva, Mechelen, Kluwer, 2011, 1-54.

CAUFFMAN, C., FAURE, M. en HARTLIEF, T., “Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?”, *Contracteren* 2010, 72-79.

CAUFFMAN, C., FAURE, M., en HARTLIEF, T., *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa:consequenties voor Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 296p.

CAMBIE, P., *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 478p.

CHENEVIÈRE, C., “Arrêts Pannon et Asturcom : Le caractère abusif des clauses attributives de compétence dans la lignée de la jurisprudence Océano”, *REDC* 2010, afl. 2, 351-363.

CORNELIS, L., *Algemene theorie*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997p.

DAUW P.en VOET, S., “Gewijzigd gerechtelijk recht. Wet van 26 april 2007 met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand”, *NJW* 2007, 578-593.

DAVO, H., “Clauses abusives: loi du février 1995 transposant la directive 93/13/CEE en droit français”, *ERPL* 1997, 157-164.

DEMUNYCK, I., “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen” in K. BERNAUW, *Consumentenrecht*, Brugge, Die Keure, 1998.

DELFORGE, C., “Clauses abusives, office du juge et renonciation” noot onder Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 93-103.

DE BAUW, H., *Becommentarieerd wetboek handelspraktijken 2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 187p.

DE MEESTER, W., “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken – Hoeveel vrijheid heeft België nog?”, *Jura Falc.* 2008-09, 49-75.

DE GRAVE, D., “Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief”, *SEW* 2009, 12-20.

DE ZUTTER, L., “Le juge face aux clauses abusives: á la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire”, *Annales de droit de Louvain* 2011, vol. 71, afl. 2, 180-189.

DE MEESE, T., “Commentaar bij het arrest van het Hof van Justitie van 27 juni 2000”, *TBH-Actualiteit* 2000, 670-679.

EBERS, M., “Mandatory Consumer Law, Ex officio Application of European Union Law and Res Judicata: From Océano to Asturcom”, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1709347>

FLAMEE M., en TROCH, K., “De invloed van de E.G.-richtlijnen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, 28-57.

FRICERO, N., “Procédure civile”, *Recueil Dalloz* 2010, 138-169.

HERB, A., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 331p.

HOFSTÖTTER, M. EN WITTEW, A., “ Judgment of 21 November 2002 : Case C-473/00, Cofidis”, *European Banking and Financial Law Journal* 2003, 115-129.

HONDIUS, E., “Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten” *NTBR* 1993, afl. 6, 108-112.

HONDIUS, E., ”De toekomst van het consumentenrecht” in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS EN A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 101-140.

JACQUEMIN, H., “Arrêt Perenicová: incidence d’une clause abusive sur la validité du contrat”, *REDC* 2012, 575-585.

JONGENEEL, R., “Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing”, *NTER* 2011, afl. 1, 33-37.

KRANS, H., *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Hoofddorp, Kluwer, 2010, 201p.

LENAERTS, K. EN VAN NUFFEL, P., *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 753p.

LOMBART, A., “Les clauses abusives” in T. HEREMANS (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau regime*, Gent, Larcier, 2010, 101-115.

LOMBART, “Les clauses abusives” in T. Heremans (eds.), *La Nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau regime*, Gent, Larcier, 2010, 306p.

MATHEEUSSEN, E., “Interpretatiemethoden gehanteerd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap”, *Jur. Falc.* 1993-94, 363-401.

MAZEAUD, D., “Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?”, *Recueil Dalloz* 2010, 1832-1839.

MELI, M., “Unfair terms and unfairness test in contracts between businesses and consumers” in A. SOMMA, *The politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2009, 151-161.

MICKLITZ, H., “Unfair terms in consumer contracts” in H. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT, *Understanding EU consumer law*, Antwerpen, Intersentia 2009, 122-149.

MURRAY, P., EN STÜRNER, R., *German civil justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, 670p.

PAVILLON, C., “Dutch case note on Mostaza Claro” *ERPL* 2007, 737-748.

PAVILLON, “De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen”, *NTBR* 2007, afl. 4, 149-157.

PRECHAL, S., “Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg”, *NTER* 2001, 104-110.

PIZZIO, J., “Le Marché intérieur des consommateurs, le droit de la consommation d’origine communautaire et son application dans les états membres de l’union Européenne”, *INC Hebdo* 2009, afl. 1510, 1-6.

REICH, N., “The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany” in *ERPL* 1997, afl. 2, 165-172.

ROPPO, V., “La définition du caractère abusive” in La Directive «CLAUSES ABUSIVES» Cinq ans après - Évaluation et perspectives pour l’avenir , Conférence de Bruxelles 3 juli 1999, http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf

ROTT, P., “What is the Role of the ECJ in EC Private law?”, *HanseLR* 2005, 6-17.

STRAETMANS G. en CAUFFMAN, C., “Legislatures, courts and the unfair terms directive”, in SYRPIS, Ph. (eds), *The judiciary, the Legislature and the EU internal market*, New York, Cambridge University Press, 2012, 92-117.

STRAETMANS, G., “Enkele recente ontwikkelingen inzake Europees consumentenrecht” in I. GOVAERE, *Europees recht : moderne interne markt voor de praktijkjurist, Gandaius XXXVIIIste Postuniversitaire Cyclus Delva*, Mechelen, Kluwer, 2012, 356-409.

STRAETMANS, G. en STUYCK, J., “Wet marktpraktijken en consumentenbescherming, in *CBR Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 525-617.

STRAETMANS G. en STUYCK, J., “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming “, *RW* 2010-11, 403-440.

STUYCK, J., “Who is a Consumer” in K. BOELE-WOELKI EN W. GROSHEIDE, *The future of European Contract law*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2007, 425-434.

SWAENPOEL, E., *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 821p.

SWAENENPOEL, E., “Rechter moet oneerlijk beding in consumentencontract ambtshalve toetsen”, *Juristenkrant* 2009, afl. 193, 6.

SWAENENPOEL, E., “De onrechtmatige bedinge: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid?”, noot onder Gent 3 maart 2004, *DCCR* 2005, afl. 66, 71-90.

SWAENENPOEL, E., STIJNS, S. en WÉRY, P., “Onrechtmatige bedingen”, *DCCR* 2009, 142-203.

SCHEBESTA, H., “Does the national court know European Law? A note on Ex Officio Application after Asturcom”, *ERPL* 2010, 847-880.

SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C. en EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, München, Europa Law Publishers, 2008, 353, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, 845p.

SMITS, J., “Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie”, *WPNR* 2001, afl. 6461, 853-855.

SNIJDERS, H., “Aanvulling van gronden van EU-recht” in A. HARTKAMP, C. SIEBURG EN L. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Hoofddorp, Kluwer, 2007, 623p.

STEENNOT, R., BOGAERT, F., BRULOOT, D., en GOENS, D., *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 199p.

STIJNS, S., “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 921-931.

STIJNS, S., “De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, 148-163.

STIJNS, S., “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 25-71.

STIJNS, S., EN JANSEN, S., “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, afl. 1, 2-30.

SWENNEN, H., “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten” in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 55-99.

TENREIRO, M., “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, 273-284.

TULIBACKA, M., “Europeanization of civil procedures: In search of a coherent approach”, *CML Rev.* 2009, 1527-1565.

VAN BOOM, W. en KOTTENHAGEN, R., “De richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht” in F. DE LY, K. HAAK, W. VAN BOOM, *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag, BJU 2006, 133-154.

VAN DEN BOSSCHE, A., “Europees gemeenschapsrecht: bron van en reden voor toenadering” in M. STORME, *Procedural laws in Europe*, Antwerpen, Maklu, 2003, 25-54.

VAN HUFFEL, M., “La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice”, *REDC* 2003, 79-101.

VAN OEVELEN, A., RUTTEN, S., en DUPON, F., “Ambtshalve inroepbaarheid van Europees Consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd” in G. STRAETMANS en

M. ROZIE, *Doorwerking van het Europees recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 98-100.

VAN ROSSUM, M. EN VAN NULAND, N., “Enkele recente Europese ontwikkelingen van invloed op het Nederlands vermogensrecht” *Juridisch up to date* 2010, afl. 23, 2-10.

VERHAEGEN, S., “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Jb Hand.Med.*2009, 208-217.

VERHOEVEN, M., “Ambtshalve toetsing op het gebied van consumentenbescherming”, *SEW* 2010, afl. 2, 83-86.

VON BAR, C., CLIVE, E., en SCHULTE-NÖLKE, H., e.a., *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DFCR)*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2008, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, 4795p.

WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Elgar, 253p.

WEATHERILL, “Prospects for the Development of European Private Law through ‘Europeanisation’ in the European Court”, *ERPL* 1995, 307-328.

WÉRY, P., “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelle dans les lois protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002” *JT* 2003, 808-817.

WÉRY, P, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY, *La nullité des contrats*, Liège, Commission Université Palais, 2006, 7-32.

WESSELS, B. JONGENEEL, R., EN HENDRIKSE, M., *Algemene voorwaarden - Recht en Praktijk nr. 143*, Deventer, Kluwer, 2006, 719p.

WESSELING, R. en NEIJL, N., “Kroniek van het Europees recht”, *NJB* 2008, afl. 16. 979-988.

WHITTAKER, S., “Who Determines What Civil Courts Decide? Private Rights, Public Policy and EU Law” in D. LECZYKIEWICZ & S. WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, Oxford, Hart Publishing 2012, Oxford Legal Studies Research Paper No. 46/2012, 1-50.

ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Oegstgeest, Kluwer, 2009, 877p.

2. SAMENVATTING

In de eerste plaats volgt uit het voorgaande dat de Richtlijn 93/13 een compromis betreft, waarin de lidstaten binnen de grenzen van de minimumharmonisatie hun eigen stempel konden drukken. De toekomstige richtlijn Consumentenrechten tracht dit te ondervangen door middel van een systeem van volledige harmonisatie. Lidstaten die echter onder de Richtlijn 93/13 voorzien hebben in een ruimere bescherming, zullen dit op bepaalde vlakken moeten terug draaien. In het licht van de rechtszekerheid en consumentenbescherming verdient dit dan ook een kritische noot.

De minimumharmonisatie inzake de oneerlijke bedingen draagt het risico van fragmentering van wetgeving en divergente toepassing in lidstaten. Het Hof heeft sinds het *Océano* arrest echter de taak op zich genomen nationale rechters aanwijzingen te geven voor de toepassing van de criteria vervat in de Richtlijn 93/13. Vanaf dan kon de notie van ‘niet binden’ gezien worden als een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing en later in *Cofidis* en *Asturcom* als een *ex officio* plicht. De draagwijdte hiervan werd verder verduidelijkt in *Pannon*, waarbij de plicht enigszins lijkt ingeperkt. Enerzijds doordat de rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing zodra hij over ‘*de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt*’ en anderzijds doordat de consument medezeggenschap heeft gekregen inzake de al dan niet sanctionering van het oneerlijke beding. Voorts heeft het Hof met de zaken *Martin Martin* en *Rampion* ook voorzien in een *ex officio* plicht in andere consumentenbeschermende richtlijnen.

Niet alleen werd hierdoor een verregaande consumentenbescherming bereikt, maar tevens kwam de procedurele autonomie van de lidstaten onder druk te staan. In het licht van de *Rewe*-formule greep het Hof in op de traditonele principes binnen het nationale procesrecht. De ambtshalve plicht staat in die zin op spanning met de beginselen van partijautonomie en het lijdelijkheid van de rechter, zoals in vele lidstaten de regel is. In de zaak *Asturcom* lijkt het Hof nog een stap verder te willen gaan, om aan de Richtlijn 93/13 een openbare orde karakter toe te schrijven.

De doctrine lijkt hierover sceptisch en uit wat volgt uit *Van Schijndel* en *Van der Weerd* kan worden afgeleid dat het Hof het nationale procesrecht als maatstaf blijft hanteren. Echter wanneer het nationale procesrecht het in de regel niet zou toestaan om in te grijpen, zal men op dit punt het nationale recht opzij kunnen schuiven. De ambtshalve bevoegdheid om in te grijpen vloeit op deze manier rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, zodat de toepassing van andersluidende nationale procedure regels op grond van de voorrang van Unierecht achterwege moeten blijven. Hieruit mag worden besloten dat het gaat om een dwingend karakter, waarbij zeker op het vlak van consumentenbescherming de procedurele autonomie (deels) voor zal moeten wijken. Het Hof verkiest op die manier de harmonisatie van de procedurele aspecten boven de harmonisatie van de inhoudelijke aspecten.

In de Belgische rechtsorde werd de Richtlijn 93/13 tijdig omgezet. De invulling van de open norm lijkt, ondanks het achterwege laten van het ‘goede trouw’ criterium, tot weinig problemen te leiden. Dit is anders voor de impact van de rechtspraak van het Hof. Sinds de zaak *Pannon* staat de invulling van het begrip ‘niet binden’ in de Belgische context ter discussie. De sanctie die rust op oneerlijke bedingen is de relatieve nietigheid en bijgevolg kan de rechter deze niet ambtshalve opwerpen. Daarnaast zal de sanctie steeds een rechterlijke uitspraak vereisen en kan de consument niet zomaar weigeren het beding toe te passen. De omvorming tot een absolute nietigheid mist eveneens het doel, vermits de verkoper zich eveneens zou kunnen beroepen op het onrechtmatig beding. Voorts is de wetgeving volgens Cassatie slechts van dwingend recht. In de doctrine worden verscheidene oplossingen aangedragen, zoals de nieuwe invulling van de sanctie ‘voor niet geschreven’ te houden dat volgt uit het Franse ‘*le réputé non écrit*’. Mijn inziens leidt het nieuwe concept ‘*onwerkzaamheid*’ tot het meest bevredigende resultaat. Naar de toekomst toe zal in ieder geval een nieuwe buitengerechtelijke oplossing door de wetgever aangedragen moeten worden.

De gevolgen van de rechtspraak van het Hof laat ook op procedureel vlak haar sporen in België na. De eerste fase die volgt uit *Pénzügyi* vormt geen probleem. Anders is het bij de tweede fase waarin het effectiviteitsbeginsel op gespannen voet komt te staan met het ‘*ultra petita*’ verbod. Teneinde deze problematiek op te lossen kan er naar Frans model geopteerd worden voor de ‘*theorie van het virtuele voorwerp*’ of ‘*doelgebonden interpretatie*’. Bijkomend kan worden gewezen op de leiding van de rechter binnen het debat en het daarbij behorende vraagrecht. Een bijzondere problematiek vormt dan ook de voorziening in Cassatie, waarin nieuwe middelen onontvankelijkheid zal opleveren. Hoe dan ook, de Belgische rechtspraak toont aan dat de ambtshalve plicht zijn weg in het juridisch bestel al gevonden heeft.

Bij onze buurlanden kan een gelijkaardige problematiek worden aangestipt. Inzake de open norm kan een grote mate van overeenstemming worden vastgesteld. Hoewel Frankrijk (nadruk op onevenwicht) en Duitsland samen met Nederland (resultaat van onevenwicht) een tegengesteld uitgangspunt hanteren, blijft in de praktijk de uitkomst hetzelfde. Zowel in Nederland en Frankrijk staan de plichten die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof op gespannen voet met het lijdelijkheidsbeginsel en de partijautonomie. Via het reeds bestaande recht en uitgewerkte juridische constructies probeert men de nationale wetgeving inzake oneerlijke bedingen afdoende aan te vullen. Of dit tot een voldoende oplossing zal leiden blijft de vraag. In Duitsland doet zich een dergelijke problematiek minder voor, vermits het beginsel ‘*iura novit curia*’ de *ex officio* plicht deels ondervangt.