

ECLI:NL:PHR:2022:678

Instantie Parket bij de Hoge Raad

Datum conclusie 08-07-2022

Datum publicatie 08-07-2022

Zaaknummer 21/04816

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken -

Inhoudsindicatie

Prejudiciële vragen. Overeenkomst tot het bieden van kinderdagopvang door kindercentrum. Kwalificatie als overeenkomst van opdracht. Bedongen opzegtermijn en opzeg- of annuleringsvergoeding verenigbaar met het eenzijdig dwingende recht met betrekking tot particuliere opdrachtgevers van art. 7:406, 7:408 en 7:411 jo. 7:413 BW? Ambtshalve handhaving van nationaal dwingend recht? Grenzen van de rechtsstrijd. Verhouding tussen toetsing van oneerlijke bedingen op grond van Richtlijn 93/13 en nationaal dwingend consumentenrecht. Herzieningsverbod ook van toepassing in het geval van dwingend recht?

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 21/04816

Zitting 8 juli 2022

CONCLUSIE

W.L. Valk

In de zaak

[eiseres] B.V.

tegen

[de ouder]

Partijen worden hierna verkort aangeduid als [eiseres] respectievelijk de ouder.

1 Inleiding en samenvatting

- 1.1 Deze zaak betreft een overeenkomst tot het bieden van kinderdagopvang door [eiseres] aan het kind van de ouder. Nog voordat de opvang was aangevangen, heeft de ouder de overeenkomst opgezegd (in de terminologie van de algemene voorwaarden van [eiseres]: 'geannuleerd'). Met een beroep op haar algemene voorwaarden heeft [eiseres] aan de ouder een vergoeding in rekening gebracht gelijk aan het overeengekomen loon gedurende de opzegtermijn.¹
- 1.2 In de zaak zijn door de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam prejudiciële vragen gesteld.² Die vragen zien in de eerste plaats op de kwalificatie van de overeenkomst: is een overeenkomst tot het bieden van kinderdagopvang een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW? Uitgaande van de veronderstelling dat inderdaad sprake is van een overeenkomst van opdracht, vraagt de kantonrechter in de tweede plaats naar de toelaatbaarheid van een bedongen opzegtermijn respectievelijk opzegvergoeding. Achtergrond hiervan is de bepaling van art. 7:408 BW, waarvan niet ten nadele van een niet-professionele opdrachtgever kan worden afgeweken (art. 7:413 lid 2 BW). Volgens art. 7:408 BW kan een opdrachtgever de overeenkomst te allen tijde opzeggen en is de opdrachtgever in beginsel geen schadevergoeding verschuldigd (behoudens een vergoeding van onkosten volgens art. 7:406 BW). In de derde plaats wordt gevraagd naar de sanctionering van dwingend recht in verband met Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: Richtlijn oneerlijke bedingen). Niet alleen is de vraag of de rechter bedingen in strijd met dwingend recht ambtshalve buiten toepassing moet laten, maar ook of de rechter, indien hij een beding als oneerlijk buiten toepassing heeft gelaten, vervolgens een vordering van de gebruiker van het beding mag toewijzen op grond van de rechtsregel van dwingend recht. Anders gezegd, wordt het buiten toepassing gelaten beding door het dwingend voorgeschreven recht vervangen, of is het anders? Deze vraag doet zich in het bijzonder voor met betrekking tot art. 7:411 BW. Volgens dat artikel heeft, in geval van het voortijdig eindigen van een opdracht, de opdrachtnemer aanspraak op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Ook van die bepaling kan niet ten nadele van een niet-professionele opdrachtgever worden afgeweken (art. 7:413 lid 2 BW).
- 1.3 De eerste twee kwesties (de kwalificatie van de overeenkomst en de toelaatbaarheid van een bedongen opzegtermijn of opzegvergoeding) worden beheerst door de regeling van titel 7 van Boek 7 BW. De relevante aspecten van die regeling worden in hoofdstuk 3 besproken. Daarbij zal blijken dat het bereik van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht ruim is, in de zin dat zij een zeer grote verscheidenheid van overeenkomsten omvat. In verband daarmee behoort die regeling met souplesse te worden toegepast; alleen zo leidt wetstoepassing tot redelijke uitkomsten waar de praktijk mee uit de voeten kan. Ook wat betreft de regels met betrekking tot een voortijdig einde van de opdracht geldt dit.
- 1.4 De kantonrechter vraagt naar de sanctionering van dwingend recht in verband met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Daaraan gaat echter vooraf de vraag op welke wijze het Nederlandse burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht dwingend recht sanctioneert. De veronderstelling van de kantonrechter is dat als de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt weggedacht, naar geldend Nederlands recht de rechter niet ambtshalve bescherming biedt tegen bedingen die met

dwingend recht in strijd zijn, omdat niet sprake is van recht van openbare orde.³ Het komt er aldus op neer dat zij wat betreft de ambtshalve handhaving van dwingend recht door de rechter van een tweedeling uitgaat, namelijk van enerzijds dwingend recht van openbare orde dat ambtshalve door de rechter wordt toegepast, en anderzijds 'gewoon' dwingend recht, waarop door een procespartij een beroep moet worden gedaan. Een dergelijke tweedeling is in de moderne literatuur niet ongebruikelijk, maar zij is mijns inziens toch niet juist. In dit verband is het leerzaam om terug te grijpen op enkele oudere bronnen (Meijers' Algemene begrippen van het burgerlijk recht en Vriesendorps dissertatie over het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden), alsook op de wetsgeschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Ook uit moderne rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat er wat betreft de handhaving van dwingend recht (en andere nietigheden) meer smaken zijn dan twee en dat dwingend recht veelal *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve wordt gehandhaafd, zoals de rechter ook overigens de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering en het verweer ambtshalve aan het recht toetst. Het ligt zeer voor de hand dat dit althans met betrekking tot dwingend consumentenrecht het gewone geval is en dat dus voor de toepassing van dat dwingende recht in het algemeen niet nodig is dat daarop door de consument een beroep is gedaan. Dit alles komt in hoofdstuk 4 uitvoerig aan de orde.

- 1.5 De sanctionering van dwingend recht in verband met de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt vervolgens besproken in hoofdstuk 5. Daar komt dus aan de orde wat die richtlijn eventueel verandert aan de wijze van sanctionering van dwingend recht volgens de gewone regels van Nederlands burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. Dat de rechter op grond van de richtlijn tot ambtshalve toetsing gehouden is, is duidelijk. Welke rol bij de toetsing aan nationaal consumentenrecht toekomt, is veel minder duidelijk. De kantonrechter vraagt of strijd met nationaal dwingend recht dat ter bescherming van consumenten strekt, op zichzelf reeds meebrengt dat een beding oneerlijk is in de zin van de richtlijn (dus met de gevolgen die de richtlijn daaraan verbindt), maar dezelfde vraag doet zich ook met betrekking tot de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW voor. Daarnaast is het de vraag wat het verbod op herziening van oneerlijke bedingen, zoals dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt, betekent voor een door de gebruiker van het oneerlijke beding aan dwingend recht te ontnemen aanspraak. In dit verband verdient recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot *aanvullend* recht onze aandacht. Weliswaar verschilt dwingend recht van aanvullend recht, maar er zijn ook overeenkomsten, in het bijzonder tussen aanvullend recht en *eenzijdig* dwingend recht (dat wil zeggen dwingend recht waarvan niet ten nadele van een bepaalde partij, hier de consument, mag worden afgeweken).
- 1.6 In hoofdstuk 6 komen alle lijnen bij elkaar in mijn voorstel voor de beantwoording van de door de kantonrechter gestelde prejudiciële vragen.

2 Feiten en procesverloop

2.1 De kantonrechter heeft de volgende feiten vastgesteld:⁴

(i) Op 1 februari 2020 hebben [eiseres] en de ouder een overeenkomst gesloten inzake de opvang van de dochter van de ouder. In de overeenkomst is – voor zover hier van belang – het volgende opgenomen:

'Opzegtermijn: 1 maand per de 1e van de maand

(...)

Ouder geeft bij ondertekening van dit contract eveneens aan de algemene voorwaarden en betalingsregels van [eiseres] te hebben ontvangen en hiermee akkoord te gaan. (...)'

(ii) In de Betalingsregels van [eiseres] is – voor zover hier van belang – het volgende opgenomen:

'Indien de kinderopvang wordt beëindigd, of het aantal afgenomen dagen wordt verminderd, moet u rekening houden met een opzegtermijn van één kalendermaand. Opzegging dient schriftelijk te geschieden bij DebiCare. Ook gedurende de opzegtermijn is het maandbedrag voor de opvang verschuldigd. U ontvangt van DebiCare een bevestiging van de opzegging zodat u weet dat deze door DebiCare Nederland BV is ontvangen. (...)'

(iii) In de algemene voorwaarden is – voor zover hier van belang – het volgende opgenomen:

ARTIKEL 1 – Definities

In deze Algemene voorwaarden wordt verstaan onder:

Aanvangsdatum: De overeengekomen datum waarop de Kinderopvang aanvangt.

(...)

Ingangsdatum: De datum waarop de overeenkomst is aangegaan.

(...)

ARTIKEL 5 – Aanbod

1. Naar aanleiding van de aanmelding kan de Ondernemer de Ouder een aanbod doen.

2. Het aanbod bevat gegevens over de Ondernemer, een omschrijving van zijn dienstverlening, alle elementen genoemd in bijlage 1 bij de Algemene Voorwaarden, dan wel een verwijzing naar de plaats waar de stukken ter inzage liggen, alsmede:

(...)

– de annuleringsvoorwaarden, waaronder de annuleringskosten;

(...)

ARTIKEL 6 – De overeenkomst

1. De Overeenkomst komt tot stand door aanvaarding door de Ouder van het door de Ondernemer gedane aanbod.

2. De ouder aanvaardt het aanbod Schriftelijk. De datum waarop de aanvaarding door de Ondernemer is ontvangen, is de Ingangsdatum van de Overeenkomst.

(...)

ARTIKEL 7 – Annulering

1. De Ouder heeft het recht de Overeenkomst te annuleren vanaf de Ingangsdatum tot de Aanvangsdatum.

2. De Ouder is voor annulering kosten verschuldigd.

3. De hoogte van de annuleringskosten bedraagt nooit meer dan de verschuldigde betaling over de voor de Ouder geldende opzegtermijn als bedoeld in artikel 10 lid 4 sub a.

ARTIKEL 10 – Einde van de overeenkomst

(...)

4. Opzegging vindt plaats door middel van een aan de andere Partij gerichte gemotiveerde Schriftelijke verklaring en

a. met inachtneming van een opzegtermijn van één maand, in geval van opzegging door de Ouder;

(...)

(iv) De kinderopvang zou aanvangen op 13 februari 2020. Na een intakegesprek op 11 februari 2020 heeft de ouder de overeenkomst geannuleerd.

2.2 Bij dagvaarding van 12 mei 2020 heeft [eiseres] gevorderd dat de ouder wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1.974,11, te vermeerderen met onder meer wettelijke rente en buitengerechterlijke incassokosten. Het bedrag van de hoofdsom is berekend uitgaande van een opzegtermijn van één maand, waarbij de opzegging per de eerste van de maand dient plaats te vinden. Door de ouder is verweer gevoerd.

2.3 Bij tussenvonnis van 2 juli 2021⁵ heeft de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij gelijktijdig te nemen akte uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, alsook over de inhoud van de vragen. Partijen

hebben van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt. Bij vonnis van 19 november 2021 heeft de rechtbank vervolgens vijf prejudiciële vragen gesteld, als volgt:

1. Is een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang zoals in deze zaak aan de orde een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW?
2. In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW en 7:413 BW eraan in de weg dat een opdrachtnemer met een consument-opdrachtgever een opzegtermijn overeenkomt?
3. In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW, 7:411 BW en 7:413 BW er bij duurovereenkomsten aan in de weg dat partijen een vergoeding overeenkomen voor het geval de overeenkomst door een consument-opdrachtgever wordt opgezegd, en in het bijzonder voor het geval waarin de opdrachtgever de overeenkomst opzegt voordat de uitvoering van de overeenkomst is aangevangen?
4. Moet de rechter een bepaling uit algemene voorwaarden die ten nadele van de consument afwijkt van een dwingende bepaling van Nederlands recht die strekt ter bescherming van consumenten, deze bepaling ambtshalve buiten toepassing laten omdat een dergelijke bepaling altijd (of in beginsel) oneerlijk is als bedoeld in Richtlijn 93/13/EEG?
5. Mag de rechter nadat hij een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk heeft aangemerkt en het beding op die grond buiten toepassing heeft gelaten, semi-dwingend recht toepassen, en in het bijzonder artikel 7:411 BW?

2.4 De Hoge Raad heeft de prejudiciële vragen in behandeling genomen. Er zijn geen schriftelijke opmerkingen ingediend.

3 De overeenkomst van opdracht

Het ruime bereik van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht

- 3.1 De overeenkomst van opdracht is als bijzondere overeenkomst geregeld in titel 7 van Boek 7 BW. De eerste afdeling van deze titel ziet op opdracht in het algemeen. Daarna volgen vier afdelingen met betrekking tot bijzondere vormen van opdracht, namelijk lastgeving, bemiddeling, agentuur en de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. De definitie van opdracht in art. 7:400 lid 1 BW is ruim geformuleerd. Opdracht wordt omschreven als de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.
- 3.2 Het kenmerkende element van opdracht is dus dat de overeenkomst strekt tot het verrichten van werkzaamheden. Is hiervan sprake, dan zijn de bepalingen van de eerste afdeling van toepassing, met niet meer dan twee categorieën van uitzonderingen. In de eerste plaats is de regeling van opdracht in het geheel niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten, aannemingsovereenkomsten, bewaarnemingsovereenkomsten, uitgeefovereenkomsten en vervoersovereenkomsten. De achtergrond hiervan is uiteraard het bestaan van bijzondere wettelijke regelingen met betrekking tot deze typen van overeenkomsten. In de tweede plaats bevatten de tweede en volgende afdeling van titel 7 enkele opzettelijke afwijkingen van de bepalingen van de eerste afdeling, dus met betrekking tot de bijzondere opdrachtvormen van lastgeving, bemiddeling, agentuur en de overeenkomst van geneeskundige behandeling. Uiteraard missen in zoverre de *legi generali* van de eerste afdeling toepassing.
- 3.3 De ruime definitie van opdracht (in beginsel alle overeenkomsten die strekken tot het verrichten van werkzaamheden) leidt tot een ruim toepassingsbereik voor de wettelijke bepalingen van de eerste afdeling. Dat is een opzettelijke keuze van de wetgever, waarbij deze zich intussen bewust is geweest van het risico dat in verband met de grote variëteit van opdrachten een of meer wettelijke bepalingen van de eerste afdeling geen passend recht opleveren. Volgens de wetgever brengt die grote variëteit mee dat de bepalingen van de eerste afdeling 'op soepele wijze' dienen te worden gehanteerd, zo nodig met hulp van de beperkende werking van redelijkheid en

billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW).⁶ Ook kennen vele bepalingen van de eerste afdeling zodanige gradaties in de normering, dat behoorlijk maatwerk daardoor als vanzelf wordt bevorderd. Een voorbeeld hiervan is de in deze zaak aan de orde zijnde bepaling van art. 7:411 BW, die voor het geval van een voortijdige beëindiging van de opdracht voorziet in de verschuldigdheid van 'een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon'. Het zal duidelijk zijn dat een zodanige norm de rechter de ruimte biedt om rekening te houden met de bijzondere aard van een bepaalde overeenkomst van opdracht en de bij een zodanige opdracht betrokken belangen. Zou de wetgever de omvang van het verschuldigde loon meer nauwkeurig hebben bepaald, bijvoorbeeld door haar (rechtstreeks) te koppelen aan de duur van de opdracht en/of de mate waarin daadwerkelijk werkzaamheden zijn verricht, dan zou het risico dat de wettelijke norm in verband met de aard van de opdracht geen passend recht oplevert, aanzienlijk groter zijn geweest.

- 3.4 Bij de opmerking dat de bepalingen van de eerste afdeling op soepele wijze dienen te worden gehanteerd, heeft de wetgever het niet gelaten. In art. 7:400 lid 2 BW is een 'uitschakelbepaling' opgenomen, volgens welke de bepalingen van de eerste afdeling (met een belangrijke uitzondering, zie hierna 3.6) niet alleen niet van toepassing zijn indien dit uit de wet voortvloeit, maar ook indien de inhoud of aard van een bepaalde overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, dan wel de gewoonte dit meebrengt.
- 3.5 Deze uitschakelbepaling is door Tjong Tjin Tai 'systematisch bezien een gedrocht' genoemd, omdat het gevolg ervan zou zijn dat de eerste afdeling slechts van toepassing is voor zover zij van toepassing is.⁷ Hoewel ik die verzuchting wel kan plaatsen, meen ik dat de uitschakelbepaling minder bijzonder is dan zij op het eerste gezicht oogt. In de opvatting van de wetgever bestaat er geen vaste volgorde tussen aanvullende wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid, anders dan waarvan de ontwerp-bepalingen van art. 1-4 van de nooit ingevoerde Inleidende Titel van het Burgerlijk Wetboek nog uitgingen.⁸ Het uitgangspunt zoals dit in de praktijk veelal als vanzelfsprekend lijkt te worden gehanteerd, namelijk dat aanvullend recht van toepassing is, *tenzij* door partijen iets anders is overeengekomen of de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid die toepasselijkheid verhindert, is dus niet zomaar in alle gevallen juist.⁹ Welnu, wat de wetgever met de uitschakelbepaling van art. 7:411 lid 2 BW heeft gedaan, is wat betreft de bepalingen van de eerste afdeling duidelijk maken hoe hij over de bedoelde volgorde dacht. Het komt erop neer dat het aanvullende recht van de eerste afdeling volgens de bedoeling van de wetgever niet meer is dan 'een goede mogelijkheid' en dat de rechter – ook buiten het geval van een afwijkend partijbeding of de (met terughoudendheid te hanteren) beperkende werking van redelijkheid en billijkheid – in plaats van de wettelijke regel ander passend recht mag aanvaarden. Aanvullend recht met zodanige zwakke werking komt meer voor. Een bekend voorbeeld daarvan is de verzuimregeling van art. 6:81 e.v. BW. De in die regeling opgenomen regels van aanvullend recht dienen – niettegenstaande hun gedetailleerde formulering – naar de bedoeling van de wetgever slechts als voorzet voor door de rechter te verrichten maatwerk, in de zin van een redelijke oplossing naar gelang van wat van partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht worden verwacht.¹⁰
- 3.6 De uitschakelbepaling van art. 7:400 lid 2 BW kent een belangrijke uitzondering: zij geldt 'onverminderd artikel 413'. Volgens dit art. 7:413 BW bevatten enkele bepalingen van de eerste afdeling dwingend recht. Dit betreft juist ook de bepalingen ter bescherming van particuliere opdrachtgevers (consumenten) zoals die in deze zaak aan de orde zijn. Hoewel de uitschakelbepaling aldus voor de voorliggende vragen niet rechtstreeks van betekenis is, heb ik haar toch vermeld, omdat zij illustreert dat het ruime bereik van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht, en in het bijzonder van de bepalingen van de eerste afdeling, niet onproblematisch is. Dat onderstreept de andere boodschap van de wetgever, namelijk dat de bepalingen van de eerste afdeling 'op soepele wijze' dienen te worden gehanteerd (hiervoor 3.3). D e boodschap betreft ook de bepalingen die dwingend recht bevatten.

Is een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang een overeenkomst van opdracht?

- 3.7 Volgens de toelichting van de kantonrechter op de eerste prejudiciële vraag lijkt de rechtspraak de vraag of ook de overeenkomst die strekt tot het bieden van kinderopvang een overeenkomst van

opdracht is in de zin van art. 7:400 BW, verschillend te beantwoorden. Zelf meent zij dat een zodanige overeenkomst inderdaad een overeenkomst van opdracht is.¹¹

3.8 In het licht van wat hiervoor 3.1 e.v. over het ruime bereik van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht is gezegd, lijkt mij dat alleszins juist. De kinderopvangorganisatie verbindt zich immers om in opdracht van de opdrachtgever (veelal de ouders) werkzaamheden te verrichten, namelijk de opvang van het kind op de overeengekomen tijdstippen. De kantonrechter vermeldt slechts één uitspraak in andere zin; nog andere heb ik ook zelf niet kunnen vinden. De redenering in die ene uitspraak¹² is dat een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang met het oog op de opvang van kinderen wordt aangegaan en niet met het oog op bepaalde verrichtingen. Dat is niet overtuigend omdat opvang onmiskenbaar de uitvoering van werkzaamheden insluit, zoals het verzorgen van het kind, het houden van toezicht en het bieden van pedagogische begeleiding. Daarbij geldt dat het belang van het kind (en daarvan afgeleid ook het belang van de ouders) een kwetsbaar belang is en om die reden in de handen van een gekwalificeerde opdrachtnemer wordt gelegd (vergelijk hierna 3.9 e.v. met betrekking tot regulering van kinderopvang). Dat is bij uitstek een geval waarin de positie van de opdrachtgever beschermenswaardig is,¹³ welke bescherming in de wettelijke regels met betrekking tot opdracht gestalte krijgt (uiteraard niet zonder dat door de wetgever óók op de legitieme belangen van de opdrachtnemer is gelet). In die zin is de overeenkomst die strekt tot het bieden van kinderopvang niet een atypisch maar juist een *typisch* geval van opdracht. Kortom, het antwoord op de eerste prejudiciële vraag dunkt mij eenvoudig.

Regulering van kinderopvang

3.9 De Wet kinderopvang (Wko) reguleert de diverse vormen van kinderopvang in kindercentra (dagopvang, peuterspeelzaal en buitenschoolse opvang), gastouderopvang en opvang in ouderparticipatiecrèches. De centrale bepaling met betrekking tot kindercentra is art. 1.50 Wko. Het eerste lid van dat artikel zegt:

‘De houder van een kindercentrum organiseert de kinderopvang op zodanige wijze, voorziet het kindercentrum zowel kwalitatief, als kwantitatief zodanig van personeel en materieel, draagt zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling, en voert een zodanig pedagogisch beleid dat een en ander redelijkerwijs leidt tot verantwoorde kinderopvang. Ter uitvoering van de eerste zin besteedt de houder van het kindercentrum in ieder geval aantoonbaar aandacht aan het aantal beroepskrachten in relatie tot het aantal kinderen per leeftijdscategorie, de groepsgrootte, het dagritme en de herkenbaarheid van ruimtes en personen, de opleidingseisen waaraan beroepskrachten voldoen, de voorwaarden waaronder en de mate waarin beroepskrachten in opleiding en stagiairs kunnen worden belast met de verzorging, opvoeding en bijdrage aan de ontwikkeling van kinderen, de inzet van pedagogisch beleidsmedewerkers en de opleidingseisen waaraan pedagogisch beleidsmedewerkers voldoen.’

3.10 Volgens lid 2 kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de voorwaarden voor verantwoorde kinderopvang bij een kindercentrum. Die regels kunnen betrekking hebben op alle aspecten die in de geciteerde tweede volzin van het eerste lid worden benoemd, dus onder meer de opleidingseisen van de beroepskrachten, het aantal beroepskrachten in relatie tot het aantal kinderen per leeftijdscategorie, de groepsgrootte, het dagritme, het pedagogisch beleid en de pedagogische praktijk, de inzet van pedagogisch beleidsmedewerkers en de opleidingseisen waaraan zij moeten voldoen. Het Besluit kwaliteit kinderopvang (Bkk) geeft aan de delegatiebepaling van lid 2 invulling. Ook de Wko zelf reeds bevat echter vele, vaak gedetailleerde voorschriften waaraan onder meer kindercentra zich hebben te houden.

3.11 Op de naleving van al deze voorschriften en ook op onder meer het pedagogisch klimaat in de kindercentra wordt onder verantwoordelijkheid van de gemeenten door de GGD's toezicht gehouden met aangekondigde en onaangekondigde controles. Er worden inspectierapporten gepubliceerd¹⁴ en er bestaat een Landelijke Kwaliteitsmonitor kinderopvang.¹⁵ Naar aanleiding van het Rapport Onafhankelijke Commissie onderzoek Zedenzaak Amsterdam (de 'commissie Gunning') uit 2011¹⁶ zijn veel regels aangescherpt. Een belangrijk element van die aanscherping is het vierogenprincipe, volgens welke medewerkers in de kinderopvang niet meer alleen op de groep

mogen staan, zonder dat een andere medewerker kan meekijken of meeluisteren.¹⁷

Bepalingen met betrekking tot opzegging en annulering in de algemene voorwaarden van aanbieders van kinderopvang

3.12 De tweede en derde vraag betreffen de toelaatbaarheid van bedingen met betrekking tot opzegging en annulering in relatie tot de wettelijke regels met betrekking tot opdracht. Het lijkt me goed eerst in beeld te brengen welke bedingen in de praktijk gebruikelijk zijn, alsook wat de partijen in de voorliggende zaak zijn overeengekomen.

3.13 Door kindercentra wordt veelal gebruik gemaakt van de 'Algemene voorwaarden voor Kinderopvang Dagopvang en Buitenschoolse opvang 2017' van de Brancheorganisatie Kinderopvang.¹⁸ Volgens de website van deze organisatie is ongeveer 80% van de kinderopvangorganisaties (niet alleen kindercentra maar ook gastouderbureaus) bij haar aangesloten.¹⁹ Een andere branchevereniging, namelijk Maatschappelijke kinderopvang, biedt onder een andere benaming ('Algemene voorwaarden voor Kinderopvang Dagopvang en Buitenschoolse opvang 2016 e.v.') een gelijke set van voorwaarden aan.²⁰

3.14 De bedoelde algemene voorwaarden bevatten met betrekking tot annulering respectievelijk opzegging van de overeenkomst de volgende bepalingen:

'ARTIKEL 7 – Annulering

1. De Ouder heeft het recht de Overeenkomst te annuleren vanaf de Ingangsdatum tot de Aanvangsdatum.

2. De Ouder is voor annulering kosten verschuldigd.

3. De hoogte van de annuleringskosten bedraagt nooit meer dan de verschuldigde betaling over de voor de Ouder geldende opzegtermijn als bedoeld in artikel 10 lid 4 sub a.

(...)

ARTIKEL 10 – Einde van de overeenkomst

1. De Overeenkomst eindigt van rechtswege door het verstrijken van de in de Overeenkomst opgenomen termijn.

2. Daarnaast eindigt de Overeenkomst door (tussentijdse) opzegging door één van partijen.

3. De Ondernemer is slechts bevoegd de Overeenkomst op te zeggen op grond van een zwaarwegende reden. Als zwaarwegende redenen worden in ieder geval aangemerkt:

a. De situatie dat de Ouder gedurende één maand in verzuim is ten aanzien van zijn betalingsverplichting;

b. Voortdurende van situaties als genoemd in artikel 11 lid 2 sub a en c;

c. De situatie genoemd in artikel 11 lid 2 sub b;

d. De omstandigheid dat de Ondernemer vanwege een niet aan hem toerekenbare oorzaak langdurig of blijvend niet meer in staat is de Overeenkomst uit te voeren;

e. Een bedrijfseconomische noodzaak die de continuïteit van de locatie waar het kind is geplaatst in gevaar brengt.

4. Opzegging vindt plaats door middel van een aan de andere Partij gerichte gemotiveerde Schriftelijke verklaring en

a. met inachtneming van een opzegtermijn van één maand, in geval van opzegging door de Ouder;

b. met inachtneming van een redelijke termijn, welke minimaal één maand bedraagt, in geval van opzegging door de Ondernemer;

c. met onmiddellijke ingang in geval van opzegging door de Ondernemer op grond van artikel 10 lid 3 onder a.

5. Gedurende de opzegtermijn duurt de betalingsverplichting van de Ouder voort. De opzegtermijn gaat in op de datum waarop de Ouder of de Ondernemer de verklaring van opzegging heeft ontvangen. De verklaring wordt geacht te zijn ontvangen op de datum van het poststempel op de

enveloppe van de opzeggingbrief, op de datum van de e-mail waarmee de verklaring is verstuurd of op de datum waarop de elektronische verklaring is verstuurd, tenzij in de verklaring een latere datum is genoemd.

6. Anders dan door het verstrijken van de overeengekomen termijn en anders dan door opzegging, eindigt de Overeenkomst met onmiddellijke ingang in geval van overlijden van het kind.'

- 3.15 Volgens deze voorwaarden geldt voor de ouder dus een opzegtermijn van een maand en loopt de betalingsverplichting gedurende de opzegtermijn door. Bij annulering voor aanvang van de werkzaamheden zijn annuleringskosten verschuldigd ter hoogte van maximaal een maandelijkse betalingstermijn. Zulke annulering is in feite ook een opzegging, met slechts deze bijzonderheid dat de opzegging plaatsvindt voordat de opvang van het kind een aanvang heeft genomen.
- 3.16 Een andere brancheorganisatie, de Branche Vereniging Ondernemers Kinderopvang, biedt haar leden andere voorwaarden ('Algemene voorwaarden en bepalingen juli 2021'). Deze set van voorwaarden lijkt veel minder vaak te worden toegepast (zie direct hierna). De voorwaarden kennen een opzegtermijn van twee maanden, met de bepaling dat de opzegging met ingang van de 1e of 16e van de maand moet plaatsvinden (artikel 5 lid 4); in het geval van annulering zijn als annuleringskosten maximaal twee maandelijkse termijnen verschuldigd (artikel 4 leden 2 en 3).²¹
- 3.17 Met betrekking tot de vijftien kinderopvangorganisaties met het grootste aantal kindplaatsen is onder mijn verantwoordelijkheid aan de hand van hun websites onderzocht welke voorwaarden zij hanteren.²² Veertien van de vijftien van die organisaties hanteren de gelijklopende algemene voorwaarden van de Brancheorganisatie Kinderopvang en van de branchevereniging Maatschappelijke kinderopvang (hiervoor 3.13 e.v.). Eén kinderopvangorganisatie hanteert andere algemene voorwaarden, maar wat betreft opzegging en annulering zijn de verschillen zeer beperkt.²³ De algemene voorwaarden van de Branche Vereniging Ondernemers Kinderopvang (hiervoor 3.16) wordt door geen van de bedoelde organisaties gehanteerd.
- 3.18 Een aantal van de onderzochte kinderopvangorganisaties hanteert naast de algemene voorwaarden van de brancheorganisaties eigen aanvullende voorwaarden. Daarin wordt bijvoorbeeld nader geregeld hoe moet worden opgezegd; ook bevatten deze aanvullende voorwaarden nadere regels over annuleringskosten. Zo vermelden bijvoorbeeld de aanvullende voorwaarden van Partou B.V.²⁴ met betrekking tot annuleringskosten:²⁵
- 'a. Annuleren minder dan 1 maand voor aanvangsdatum: annuleringskosten, zijnde het bedrag van de contractueel overeengekomen kosten van één maand kinderopvang.
- b. Annuleren 1 tot en met 3 maanden voor aanvangsdatum: € 80,- annuleringskosten. Indien op grond van artikel 7 lid 3 van de Branchevoorwaarden een lager bedrag toepasselijk is, dan hanteren wij dit lagere bedrag aan annuleringskosten.
- c. Annuleren meer dan 3 maanden voor aanvangsdatum: geen annuleringskosten.'
- Andere aanvullende voorwaarden gaan ervan uit dat alleen annuleringskosten verschuldigd zijn wanneer de annulering minder dan een maand voor aanvang plaatsvindt; de verschuldigde vergoeding is dan één maandelijkse termijn.
- 3.19 In de voorliggende zaak zijn de Algemene voorwaarden voor Kinderopvang Dagopvang en Buitenschoolse opvang 2017 van toepassing verklaard. Onder 2.2 van het vonnis van 19 november 2021 is vermeld dat de opzegtermijn volgens de algemene voorwaarden een maand is, waarbij tegen de eerste dag van de maand moet worden opgezegd. Dit ziet klaarblijkelijk niet op de bedoelde set van algemene voorwaarden, maar op de bepaling in de door partijen ondertekende overeenkomst, waarin is vermeld: 'Opzegtermijn: 1 maand per de 1e van de maand' (hiervoor 2.1 onder i). Aan de kantonrechter kan intussen worden toegegeven dat valt te vermoeden dat ook deze bepaling een algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 onder a BW betreft (opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen). Het gevolg hiervan lijkt me te zijn dat het beding valt binnen het bereik van art. 6:236 aanhef en onder r BW (zwarte lijst).²⁶ In dezelfde overweging lijkt de kantonrechter er verder vanuit te gaan dat ook voor annulering geldt dat ze tegen de eerste dag van de maand moet plaatsvinden. Het is mij niet duidelijk waarop dat zou berusten. Artikel 7 van de algemene voorwaarden zegt in lid 1 eenvoudig

dat de ouder het recht heeft om de overeenkomst te annuleren vanaf de ingangsdatum tot aanvangsdatum en volgens lid 3 bedragen de annuleringskosten nooit meer dan het bedrag zoals verschuldigd over de opzegtermijn als bedoeld in artikel 10 lid 4 sub a. Laatstbedoelde bepaling spreekt enkel over een opzegtermijn van één maand. De voorgaande opmerkingen over de inhoud van de voorwaarden zoals die gelden in de verhouding tussen [eiseres] en de ouder zijn intussen voor de beantwoording van de prejudiciële vragen niet van belang; die vragen luiden vanzelfsprekend algemeen.

- 3.20 Alle hiervoor vermelde door kinderopvangorganisaties gehanteerde voorwaarden hebben gemeen dat zij bedingen bevatten met betrekking tot opzegging en annulering en dat zij ertoe leiden dat de opdrachtgever in verband met de opzegging of annulering aan de opdrachtnemer een vergoeding verschuldigd is. Ik meen dat de behoefte bij opdrachtnemers aan dergelijke bedingen invoelbaar is. Indien een overeenkomst per direct kan worden beëindigd, zal de opgevallen plek slechts bij uitzondering per direct door een ander kind kunnen worden ingevuld. In de tussenliggende periode dreigt een verlies van inkomsten, terwijl de kosten van de opdrachtnemer veelal niet of nauwelijks zullen afnemen. Het voorgaande geldt althans voor de kindercentra. De positie van gastouderbureaus is in ieder geval gedeeltelijk anders. Waar de onderhavige zaak een kindercentrum betreft, meen ik dat het wijs is mij hierna tot overeenkomsten van opdracht met kindercentra te beperken.
- 3.21 Dat een onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst in de meeste gevallen geen lagere kosten voor het kindercentrum tot gevolg heeft, geldt voor kindercentra meer dan voor veel andere opdrachtnemers. Het Bkk (hiervoor 3.10) reguleert nauwkeurig de zogenaamde beroepskracht-kindratio.²⁷ Een voorzichtig beleid bij het aannemen van personeel (voorzichtig met het oog op onzekerheid over toekomstige opzeggingen) is in verband daarmee geen optie. De regels voor dagopvang zijn strenger dan voor buitenschoolse opvang, maar bij beide vormen van opvang wordt ervan uitgegaan dat kinderen in een groep worden opgevangen. De maximale omvang van die groep is afhankelijk van de leeftijd van de kinderen (hoe ouder hoe meer kinderen). Het minimaal aantal in te zetten beroepskrachten op een groep is afgestemd op het aantal aanwezige kinderen in de groep, waarbij naarmate de kinderen ouder zijn, minder beroepskrachten ingezet behoeven te worden. Daarbij moet worden bedacht dat per kind een minimale oppervlakte aan binnenspeelruimte en buitenspeelruimte aanwezig moet zijn, wat de mogelijkheden van een kindercentrum om tot een optimale indeling te komen, gemakkelijk beperkt.²⁸ Het openvallen van een plek kan toevallig tot gevolg hebben dat (tijdelijk) volstaan kan worden met minder beroepskrachten op een groep, maar het is zeer de vraag of dit op zo'n korte termijn ook tot lagere personeelskosten leidt. Bovendien zal in de meeste gevallen, als een groep 'vol' zit, het openvallen van één plek niet betekenen dat minder beroepskrachten nodig zijn.
- 3.22 Kortom, kindercentra hebben alle aanleiding om van de opdrachtgever te vergen dat deze een opzegtermijn in acht neemt, zodat zij als opdrachtnemer de tijd hebben om naar aanleiding van het openvallen van de plek van het kind te acteren en het verlies van inkomsten op te vangen. Iets dergelijks geldt ook in het geval van annulering, dus de opzegging nog voordat de daadwerkelijke opvang van het kind een aanvang heeft genomen. Ook dan valt er tegen de planning en verwachting van het kindercentrum in een kindplaats open, met slechts het verschil dat de opvang van het kind nog niet daadwerkelijk een aanvang had genomen.

De verschuldigdheid van loon in het geval van opzegging volgens de wettelijke regeling

- 3.23 Hoe invoelbaar de behoefte bij de kindercentra aan bedingen met betrekking tot opzegging en annulering ook is, zulke bedingen zijn niet vanzelfsprekend verenigbaar met de wettelijke regeling met betrekking tot opzegging door een particuliere opdrachtgever. Volgens art. 7:408 lid 1 BW kan de opdrachtgever de overeenkomst van opdracht *te allen tijde* opzeggen. Volgens lid 3 is de particuliere opdrachtgever ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd (afgezien van art. 7:406 BW). Lid 3 bevat wat betreft particuliere opdrachtgevers volledig dwingend recht (art. 7:413 lid 1 BW), en lid 1 eenzijdig dwingend recht (art. 7:413 lid 2 BW). De uitschakelbepaling van art. 7:400 lid 2 BW (hiervoor 3.6) mist wat betreft dit dwingende recht toepassing. In ieder geval op het eerste gezicht zijn opzegtermijnen met dit stelsel niet verenigbaar, omdat zij in strijd lijken met het uitgangspunt dat de particuliere opdrachtgever te

allen tijde kan opzeggen en ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd is.

3.24 Behalve op art. 7:408 BW dienen we echter ook te letten op art. 7:411 BW. Volgens het eerste lid van dat artikel heeft de opdrachtnemer in het geval de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend is verstreken, en het loon daarvan afhankelijk is gesteld, recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Bij die vaststelling moet onder meer rekening worden gehouden met de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft gehad en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd. Uit art. 7:411 lid 2 BW volgt dat die vaststelling ook ertoe kan leiden dat alsnog het volle loon aan de opdrachtnemer verschuldigd is, namelijk wanneer het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Wel dienen besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien op het loon in mindering te worden gebracht (lid 2 tweede volzin). Ook van art. 7:411 BW kan niet ten nadele van een particuliere opdrachtgever worden afgeweken (art. 7:413 lid 2 BW). Dit betekent dus dat niet kan worden bedongen dat de opdrachtnemer meer verschuldigd is dan volgens art. 7:411 BW.

3.25 Indien de overeenkomst door de opdrachtnemer is opgezegd, zal veelal kunnen worden gezegd dat het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen in de zin van art. 7:411 lid 2 BW. Dat de opzegging steeds rechtsgeldig is in verband met art. 7:408 lid 1 BW staat daaraan niet in de weg. Dat volgt uit de hierna 3.32 weer te geven totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:408 BW en het volgt ook uit een arrest van uw Raad met betrekking tot makelaarscourtage uit 2005.²⁹ Ik citeer dat arrest:

'3.5 (...) In de memorie van toelichting op de voorloper van het huidige art. 7:411, art. 7:416, wordt over (...) [het] tweede lid [van art. 7:411] het volgende opgemerkt (Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 378):

"Het tweede lid houdt ermee rekening dat het redelijk kan zijn de opdrachtnemer ofschoon de opdracht tussentijds is geëindigd, niettemin het volle loon toe te kennen. (...) Vereist is dat het einde van de opdracht is toe te rekenen aan de opdrachtgever. Van de bepaling onder a in het voorontwerp wijkt dit in twee opzichten af. Enerzijds behoeft de beëindiging niet te berusten op wanprestatie aan de zijde van de opdrachtgever, doch kan iedere hem toerekenbare oorzaak in beginsel in aanmerking komen. Anderzijds is dit niet voldoende om hem inderdaad tot betaling van het volledige loon te verplichten; de rechter zal hebben te onderzoeken of dit, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is."

Gelet op het wettelijk systeem en mede gezien dit citaat uit de wetsgeschiedenis, moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat de opdrachtgever de opdracht rechtsgeldig door opzegging heeft beëindigd, niet eraan in de weg staat dat het einde van de overeenkomst aan hem is toe te rekenen in de in art. 7:411 lid 2 bedoelde zin.'

3.26 Het resultaat van art. 7:411 lid 2 BW kan dus zeer wel zijn dat een opzegging door de opdrachtnemer leidt tot de verschuldigdheid van loon. In de zaak met betrekking tot de makelaarscourtage was dit eventueel het volle loon. In het geval van kinderopvang is het loon periodiek verschuldigd (per maand). Een verschuldigdheid van het volle loon heeft in dat geval uiteraard dan de gedaante van het volle loon over een in redelijkheid te bepalen periode. Dat inderdaad de verschuldigdheid van het volle loon over een redelijke periode in het geval van overeenkomsten tot het bieden van kinderopvang door kindercentra alleszins aangewezen is, volgt uit hetgeen hiervoor is gezegd over de vergaande regulering van de kinderopvang en het voorzienbare gevolg van die regulering, namelijk dat een onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst meestal niet tot lagere kosten voor het kindercentrum leidt, onder meer in verband met de onmogelijkheid van een voorzichtig beleid van het centrum bij het aannemen van personeel. Hierna 3.41 zal blijken dat er aanknopingspunten zijn om de bedoelde redelijke periode op niet meer dan één maand te stellen. Hiervan uitgaande leidt art. 7:411 lid 2 BW ertoe dat in het geval van opzegging door de opdrachtnemer van een overeenkomst die strekt tot het bieden van kinderopvang, de opdrachtnemer maximaal het overeengekomen loon over een periode van één maand verschuldigd is.

3.27 In de wetsgeschiedenis is eventueel een aanwijzing te vinden voor een andere lezing van art.

7:411 BW. De memorie van toelichting laat zich namelijk zo lezen dat art. 7:411 BW in het geval van een opdracht waarbij de vergoeding wordt voldaan per tijdseenheid of per werkzaamheid, slechts betrekking heeft op de tijdseenheid of de werkzaamheid waarbinnen de beëindiging plaatsvindt.³⁰ De redelijkheid van die lezing springt niet in het oog. Uitgaande van een maandelijks verschuldigde vergoeding zou zij ertoe leiden dat in het geval van een opzegging op de laatste dag van de maand de opdrachtgever wat betreft de periode na de opzegging geen enkel loon verschuldigd is, maar in het geval van een opzegging een dag later een vol maandbedrag (behoudens besparingen van de opdrachtnemer, art. 7:411 lid 2 tweede volzin BW). Mijns inziens dwingt art. 7:411 BW tot de bedoelde lezing niet en past zij ook niet bij het uitgangspunt dat in verband met de grote variëteit van opdrachten de bepalingen van de eerste afdeling op soepele wijze dienen te worden gehanteerd (hiervoor 3.3).

3.28 Terloops kwam de regel van art. 7:411 lid 2 tweede volzin BW reeds aan de orde. Volgens die bepaling worden op het loon de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht. Uit wat hiervoor 3.21 is gezegd, volgt dat zulke besparingen er wat betreft de kindercentra in het algemeen niet of nauwelijks zullen zijn, afgezien van het geval dat de door de opzegging opengevallen plaats op zeer korte termijn met een ander kind kan worden ingevuld. Wellicht is dit laatste inderdaad een besparing in de hiervoor bedoelde zin. Ik kom hierop hierna 3.45 e.v. terug.

De toelaatbaarheid van bedingen met betrekking tot opzegging en annulering in de voorwaarden van kindercentra

3.29 Wat betekent een en ander nu voor de toelaatbaarheid van bedingen met betrekking tot opzegging en annulering van de overeenkomst in de voorwaarden van kindercentra? Mijns inziens zijn zulke bedingen niet in strijd met het dwingende recht van art. 7:408 en 7:411 BW, zolang zij maar niet leiden tot een hoger door de particuliere opdrachtgever verschuldigd loon dan volgens art. 7:411 BW. Dit past bij een soepele hantering van de bepalingen van de eerste afdeling (hiervoor 3.3). Met het oog op de kenbaarheid van recht is het juist een voordeel als in de overeenkomst die strekt tot het bieden van kinderopvang vastligt welk loon de opdrachtgever naar aanleiding van een opzegging of annulering verschuldigd is. Dit voorkomt dat tussen partijen debat ontstaat over de vraag waartoe toepassing van art. 7:411 BW in redelijkheid leidt, potentieel in ieder geval van opzegging of annulering opnieuw.

3.30 Voor de toelaatbaarheid van opzegtermijnen is in de wetgeschiedenis ook een concreet aanknopingspunt te vinden. Wel is dat een enigszins ingewikkeld verhaal.

3.31 Art. 7.7.1.10 van het zogenaamde Ontwerp-Meijers (1972), in werkelijkheid van W.C.L. van der Grinten,³¹ luidde:

'1. Een opdracht eindigt met haar volbrenging of op het door partijen of het gebruik bepaalde tijdstip.

2. Ieder der partijen kan te allen tijde de opdracht door opzegging doen eindigen. Een hiermede strijdig beding is nietig.

3. Tenzij het tegendeel is bedongen, is ieder der partijen bevoegd een opdracht door opzegging regelmatig te doen eindigen, mits met inachtneming van een opzeggingstermijn indien dit uit de overeenkomst voortvloeit.

4. De partij die door opzegging de opdracht niet regelmatig doet eindigen, is gehouden aan de wederpartij de schade te vergoeden, die deze lijdt doordat de overeenkomst niet op regelmatige wijze is beëindigd.'

Deze ontwerpbevestiging ging dus uit van de mogelijkheid van contractuele opzegtermijnen (lid 3). Een opzegging in strijd met een zodanige termijn leidde weliswaar wel tot een eerder einde van de overeenkomst (lid 2), maar was niet regelmatig en verplichtte de opzeggende partij tot schadevergoeding (lid 4).

3.32 Het stelsel van het ontwerp is door de wetgever slechts gedeeltelijk overgenomen. Daarbij blijkt echter niet dat de wetgever bezwaar had tegen de gedachte dat een opzegtermijn, hoewel zij geen rol speelt bij de vraag of een overeenkomst van opdracht door opzegging eindigt, een rol kan spelen bij de hoogte van een door de opzeggende partij verschuldigde vergoeding. Wel koos

de wetgever er welbewust voor om die vergoeding wat betreft de opdrachtgever in principe over de band van het verschuldigde loon te laten verlopen (het huidige art. 7:411 BW), in plaats van over die van schadevergoeding. Ook is duidelijk dat de wetgever niet wilde dat particuliere opdrachtgevers daarnaast schadevergoeding verschuldigd zouden kunnen zijn (afgezien van de in art. 7:406 BW bedoelde onkosten van de opdrachtnemer, die niet in het loon begrepen zijn), wat in het derde lid van art. 7:408 BW is vastgelegd. Vergelijk de memorie van toelichting:³²

‘Regelen de leden 1 en 2 [van art. 7:408] aldus (ten dele dwingend, ten dele regelend) de bevoegdheid van partijen om de overeenkomst van opdracht door opzegging te beëindigen, daarmee is nog onbeantwoord welke financiële gevolgen deze beëindiging voor partijen heeft. In de eerste plaats kan de opdrachtnemer bij voortijdige beëindiging het loon geheel of gedeeltelijk verschuldigd zijn; hierop heeft artikel 14 [art. 7:411] betrekking. Ten tweede kan de partij die de overeenkomst beëindigt in strijd met zijn contractuele verplichting schadevergoeding krachtens de wet verschuldigd zijn. Het voorontwerp bevatte hierover in artikel 10 lid 4 een bepaling, inhoudende dat in het voormelde geval (aldaar “onregelmatige beëindiging” genoemd), de opzeggende partij gehouden is aan de wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt doordat de overeenkomst niet op regelmatige wijze is beëindigd. Deze bepaling is niet overgenomen; de vraag in hoeverre wanprestatie tot schadevergoeding leidt kan gevoeglijk aan de contractuele regeling van partijen en aan de afdelingen 6.1.8 [art. 6:74 e.v.], 6.1.9 [art. 6:95 e.v.] en 6.5.4 [art. 6:261 e.v.] worden overgelaten.

Daarentegen is thans in lid 3 een regel opgenomen (die blijkens artikel 16 lid 1 [art. 7:413 lid 2] van dwingend recht is), bepalende dat een opdrachtgever die aan de voormelde omschrijving van “consument” voldoet, terzake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd wordt. De schade die de opdrachtnemer door een onregelmatige beëindiging lijdt, zal slechts bij uitzondering het bedrag overtreffen van het loon dat hij voor de volbrenging van de prestatie zou hebben ontvangen; men zie ook de toelichting. Artikel 14 lid 2 [art. 7:411 lid 2] laat ook in het onderhavige wetsontwerp de ruimte van deze gehoudenheid tot volledige loonbetaling aan te nemen; hieronder zal daarop worden teruggekomen. Het komt mij voor dat particuliere opdrachtgevers terzake van een opzegging niet tot meer dan tot betaling van dit volle loon verbonden mogen worden. Een andere oplossing zou ook slecht stroken met artikel 15 lid 1 [art. 7:413 lid 1], waar hun opzeggingsbevoegdheid tot dwingend recht wordt verklaard, een bevoegdheid die door het vooruitzicht van wettelijke of contractuele schadevergoedingsplichten gemakkelijk verijdeld zou kunnen worden. Duidelijkheidshalve is in lid 3 tot uitdrukking gebracht dat de regel geen betrekking heeft op kosten die krachtens artikel 7 [art. 7:406] naast het loon verschuldigd kunnen zijn.’

- 3.33 Voor wie dit een al te subtiel verhaal zou vinden,³³ blijft hoe dan ook staan wat hiervoor 3.29 is gezegd: een contractuele regeling van opzegging, zogenaamde annulering daaronder begrepen, heeft onmiskenbaar het voordeel van de duidelijkheid: dankzij het beding weten partijen waar ze aan toe zijn. Die duidelijkheid is onmiskenbaar veel groter dan zonder een contractuele regeling. De norm van art. 7:411 BW is immers vaag, onder meer in verband met de maatstaf van ‘een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon’. Bovendien zullen partijen zich ervan bewust moeten zijn dat hun overeenkomst een overeenkomst van opdracht is. In ieder geval wat betreft particuliere opdrachtgevers is dat allerminst vanzelfsprekend.
- 3.34 Dat de wat betreft particuliere opdrachtgever dwingende regeling van art. 7:411 BW niet in de weg staat aan contractuele bedingen die niet verder gaan dan uit art. 7:411 BW voortvloeit, is ook het uitgangspunt van het al genoemde arrest met betrekking tot makelaarscourtage. Zie dat arrest onder 3.4, in het bijzonder de laatste zin (cursivering toegevoegd):³⁴
- ‘3.4 Onderdeel 1 klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat art 7:411 BW eraan in de weg staat dat Van Vulpen overeenkomstig de hiervoor in 3.1 onder (ii) geciteerde bepaling (ii) recht heeft op courtage wegens het feit dat Debetz c.s. buiten haar om de aankoop van de woning tot stand hebben gebracht, althans daarover onderhandeld hebben. In dit verband betoogt het onderdeel dat de bedoelde bepaling (evenals andere tussen partijen bedongen bepalingen waarnaar het onderdeel verwijst) een sanctie stelt op de niet-naleving van het beding dat de opdrachtgever niet buiten de makelaar om mag handelen. Art. 7:411 BW bevat volgens het

onderdeel geen regeling voor de courtage die verschuldigd wordt als bedongen sanctie op schending door de opdrachtgever van dergelijke exclusiviteitsbepalingen. Dit betoog faalt. Onder het in art. 7:411 bedoelde loonbegrip valt, naar het hof terecht heeft geoordeeld, mede de courtage die een makelaar bedongen heeft voor het geval van overtreding door de opdrachtgever van exclusiviteitsbepalingen als de onderhavige. *Op basis van zo'n beding* zal een makelaar derhalve, in het geval dat de overeenkomst eindigt voordat de opdracht volbracht is, jegens een opdrachtgever als in art. 7:413 lid 2 BW aangewezen, geen recht op courtage kunnen doen gelden *voorzover* die het "naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon" als in art. 7:411 lid 1 BW bedoeld te boven gaat, zulks overigens onverminderd het bepaalde bij lid 2 van dat artikel.'

- 3.35 Bij mijn weten is dit ook juist wat eenzijdig dwingend recht bedoelt, namelijk uitsluitend bedingen verbieden die ten nadele van de beschermde partij (de particuliere opdrachtgever) afwijken van wat de wet inhoudt. Opzeggingstermijnen ogen naar hun vorm weliswaar sterk afwijkend ten opzichte van het stelsel van art. 7:408 en 7:411 BW, maar in plaats van de vorm behoort de inhoud bepalend te zijn. In feite houdt een opzeggingstermijn twee dingen in, namelijk de verschuldigdheid (volgens de meest gebruikte voorwaarden van kindercentra) van het volle loon over één maand als een mijns inziens redelijke invulling van de norm van art. 7:411 BW (vergelijk hierna) en daarnaast het recht van de opdrachtnemer om gedurende de opzegtermijn het kind nog steeds naar de opvang te brengen (een recht, uiteraard geen plicht). Ondanks de sterk afwijkende vorm gaan opzeggingstermijnen dus zeker niet zomaar verder dan art. 7:411 BW, dat uitsluitend de hoogte van het in geval van opzegging verschuldigde loon bepaalt. Niet alleen is ook zonder het beding een vergoeding verschuldigd (namelijk op grond van art. 7:411 BW, mijns inziens ter hoogte van de vergoeding voor één maand; hiervoor 3.26 en hierna 3.41 e.v.), de wettelijke regeling voorziet niet in een recht voor de opdrachtgever om na de opzegging nog enige tijd (een maand) het kind naar de opvang te brengen. Een opzegtermijn van één maand is in dit opzicht mijns inziens voor de particuliere opdrachtgever juist gunstiger dan het wettelijke regime.
- 3.36 Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de wat betreft particuliere opdrachtgevers dwingende regel van art. 7:408 lid 1 BW (de opdrachtgever kan te allen tijde opzeggen) nodig achtte in verband met de samenhang tussen lastgeving en volmacht.³⁵ Zoals een volmacht die in het belang van de volmachtgever strekt (art. 3:74 lid 1 BW) steeds door deze kan worden herroepen (art. 3:72 aanhef en onder c BW) en deze herroeping werking heeft zodra zij is ontvangen (art. 3:37 lid 3 BW), zo ook moet de lastgever de belangenbehartiging door de lasthebber onmiddellijk kunnen doen eindigen, eenvoudig omdat hij zulke belangenbehartiging niet langer wenst. Dat geldt ook indien lastgeving niet met volmacht gepaard gaat en dus de lasthebber in eigen naam optreedt. Het zal duidelijk zijn dat deze ratio maar beperkt kan opgaan in geval van een opdracht die niet in lastgeving bestaat. Wat in het geval van de opdracht tot het bieden van kinderopvang eventueel resteert, is dat de ouder niet verplicht mag zijn om het kind nog gedurende de opzegtermijn naar de opvang te brengen. Dat een zodanige verplichting niet bestaat, spreekt echter mijns inziens reeds vanzelf. Kortom, er bestaat geen reden om aan de dwingendrechtelijke regel dat de particuliere opdrachtgever de opdracht te allen tijde kan opzeggen de conclusie te verbinden dat reeds daarom een opzegtermijn niet toelaatbaar is.
- 3.37 Voor het voorgaande is in de literatuur steun te vinden. Zie Tjong Tjin Tai in de Asser-serie:³⁶
- 'Voor particuliere opdrachtgevers is een opzegtermijn strikt genomen niet toegestaan wegens strijd met art. 7:408 BW jo. art. 7:413 BW. Dat neemt niet weg dat een opzegtermijn een nuttige functie kan vervullen, namelijk indien de opdrachtnemer gedurende de looptijd van de opdrachten kosten maakt of heeft gemaakt (zoals administratiekosten, gereedhouden van werknemer) ook zonder dat er verder specifieke werkzaamheden worden verricht. Men treft dan ook regelmatig opzegtermijnen aan bij consumentenovereenkomsten. Een opzegtermijn moet in zo'n geval worden beschouwd als een afspraak omtrent het redelijk loon in geval van voortijdige opzegging (vgl. nr. [181]). Uit art. 6:236 onder j BW volgt dat een door een particulier gegeven opdracht die verplicht tot het geregeld doen van verrichtingen en die is verlengd steeds kan worden opgezegd met een opzegtermijn van hoogstens een maand; een andersluidend beding is vernietigbaar. In een zodanig geval kan derhalve niet geldig een langere opzegtermijn worden afgesproken. Dit bevestigt dat een opzegtermijn bij consumenten op zichzelf mogelijk is. Er kan niet in zijn

algemeenheid worden gesteld dat een opzegtermijn van een maand ook voor andere soorten opdrachten redelijk is als maximumtermijn: daarvoor kunnen de mogelijke soorten opdrachten te zeer verschillen. (...)'³⁷

- 3.38 Ook volgens Tjong Tjin Tai moeten we dus door de schijnbare strijd van een opzegtermijn met het dwingendrechtelijke stelsel van art. 7:408 lid 1 BW (de opdrachtgever kan te allen tijde opzeggen) heen kijken en kan een opzegtermijn juist een nuttige functie vervullen. Daarbij beroept hij zich mede op de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder j BW. Die bepaling ziet op overeenkomsten voor bepaalde tijd. Voor overeenkomsten voor onbepaalde tijd geldt art. 6:237 aanhef en onder o BW. Hierna 3.41 e.v. komt die bepaling aan de orde. Inderdaad lijken deze bepalingen te bevestigen dat de wetgever tegen opzegtermijnen in consumentenovereenkomsten geen bezwaar had, mits de opzegtermijn niet meer dan een maand bedraagt.
- 3.39 Een contractuele regeling die ertoe leidt dat de particuliere opdrachtgever meer verschuldigd is dan op grond van de wet, is uiteraard *niet* met het dwingendrechtelijke karakter van onder meer art. 7:411 BW te verenigen. De soepele hantering van de wettelijke regels in verband met de grote variëteit van opdrachten (hiervoor 3.3) gaat niet zover dat dwingend recht soms toch geen dwingend recht is. Voor zover dit niet reeds vanzelf spreekt, geldt dat het aansluit bij de keuze van de wetgever om dwingend recht van de werking van de uitschakelbepaling van art. 7:400 lid 2 BW uit te zonderen (hiervoor 3.6).
- 3.40 Hiervoor 3.26 kondigde ik aan dat er aanknopingspunten zijn om de periode waarover door een particuliere opdrachtgever in verband met opzegging het volle loon verschuldigd is, op niet meer dan één maand te stellen. Dit behoort nu te worden uiteengezet (hierna 3.41 e.v.); ook de hoogte van een bedongen annuleringsvergoeding verdient nog aandacht (hierna 3.43). Vervolgens resteren nog twee andere kwesties, namelijk de vraag of in het geval dat de door de opzegging opengevallen plaats op zeer korte termijn door plaatsing van een ander kind kan worden ingevuld, zich een besparing in de zin van de tweede volzin van art. 7:411 lid 2 BW voordoet (hierna 3.45 e.v.) en de mogelijkheid dat de opdrachtgever voor zijn opzegging bijzondere gronden heeft (hierna 3.50 e.v.).

De lengte van de opzegtermijn

- 3.41 Sinds de initiatiefwet Crone en Van Dam³⁸ is uitgangspunt van de regeling algemene voorwaarden dat in het geval van overeenkomsten voor onbepaalde tijd, consumenten de overeenkomst moeten kunnen opzeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand. Zie art. 6:237 aanhef en onder o BW (grijze lijst).³⁹ De bepaling geldt onder meer voor overeenkomsten in de zin van art. 6:236 onder j BW, waaronder behalve overeenkomsten tot het geregeld afleveren van zaken of energie, ook vallen overeenkomsten tot het geregeld doen van verrichtingen. In verband met de strekking van deze bepalingen is het begrip 'verrichtingen' mijns inziens ruim op te vatten; ook het bieden van kinderopvang zou ik eronder willen begrijpen. Ik merk nog op dat de opvatting van de wetgever dat voor consumenten in het algemeen een opzegtermijn van meer dan een maand niet passend is, ook blijkt uit andere bepalingen op zowel de grijze als de zwarte lijst. Vergelijk wat betreft de grijze lijst naast de al genoemde bepaling onder o, ook de bepalingen onder k en l, en wat betreft de zwarte lijst naast de genoemde bepaling onder j, ook de bepalingen onder p en q.
- 3.42 Nemen we inderdaad aan dat een door een kindercentrum bedongen opzegtermijn onder art. 6:237 aanhef en onder o BW valt, dan past daarbij mijns inziens om aan te nemen dat de periode waarover door een particuliere opdrachtgever in verband met een opzegging op grond van art. 7:411 BW het volle loon verschuldigd is, in beginsel niet meer dan één maand zal kunnen zijn. Daaruit volgt dan mede dat opzegtermijnen van meer dan één maand in beginsel in strijd met het dwingende recht van art. 7:411 jo. 7:413 BW zijn. Uiteraard is niet categorisch uit te sluiten dat het toch anders is (daarom zei ik: 'in beginsel'), maar naar analogie van de grijze lijst veronderstelt dit dat het desbetreffende kindercentrum zich beroept op voldoende sprekende feiten en omstandigheden die de verschuldigdheid van het loon over een langere periode dan één maand kunnen rechtvaardigen. Uit de hiervoor 3.13 e.v. vermelde inhoud van de voorwaarden van de vijftien grootste kinderopvangorganisaties lijkt intussen te volgen dat ook in de branche de opvatting heersend is volgens welke een opzegtermijn van één maand volstaat. Bij de invulling

van de vage norm van art. 7:411 BW is hiermee mijns inziens rekening te houden (vergelijk art. 3:12 BW). Kortom, het geval dat een ouder toch meer dan het loon over één maand verschuldigd is respectievelijk dat een opzegtermijn van meer dan een maand toch niet in strijd met het dwingende recht van art. 7:411 jo. 7:413 BW is, kan ik mij nauwelijks voorstellen.

De hoogte van de annuleringsvergoeding

3.43 Zojuist ging het over de opzegtermijn. Zijn ook bedingen omtrent de verschuldigdheid van een annuleringsvergoeding in te passen? We stelden hiervoor 3.22 reeds vast dat de belangen van het kindercentrum in het geval van annulering sterk vergelijkbaar zijn met die in het geval van opzegging nadat de opvang van het kind een aanvang heeft genomen. Daarom is ook een vergelijkbare benadering gepast. Mijns inziens is het heel eenvoudig. Annulering is opzegging vóór het moment dat de opvang van het kind een aanvang heeft genomen. Ook annulering leidt ertoe dat de overeenkomst voortijdig eindigt in de zin van art. 7:411 BW. Afgezien van bijzondere gronden voor de annulering geldt dat het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen in de zin van lid 2. Het te betalen redelijke gedeelte van het volle loon is naar analogie van de 'gewone opzegging' te stellen op maximaal één maand. Maximaal, want in verband met het uitgangspunt dat opzegging op een termijn van een maand mogelijk is, behoort in het geval van een annulering meer dan een maand vóór aanvang van de opvang, het te vergoeden loon lager te zijn. Vindt annulering tenminste twee maanden vóór aanvang plaats, dan bestaat voor de verschuldigdheid van loon mijns inziens redelijkerwijs geen grond meer. Dit is ook daarom redelijk omdat in geval van annulering uiteraard niet het recht bestaat om van de opvang gebruik te maken; terecht heeft de annuleringsvergoeding in de onderzochte algemene voorwaarden van kindercentra niet de gedaante van een 'opzegtermijn'. Aan het voorgaande staat niet in de weg dat in geval van annulering de opvang van het kind nog geen aanvang heeft genomen. Volgens art. 7:411 lid 1 tweede volzin BW is de vraag in hoeverre de opdrachtnemer reeds werkzaamheden heeft verricht, niet meer dan een gezichtspunt bij de vaststelling van het redelijke deel van het loon dat in verband met het einde van de overeenkomst verschuldigd is. Ook met de andere omstandigheden van het geval is dus rekening te houden, waaronder de sterke regulering van de kinderopvang, die meebrengt dat onder meer een voorzichtig beleid bij het aannemen van personeel niet mogelijk is. Overigens zal het kindercentrum ook vóór de aanvang van de opvang werkzaamheden hebben verricht om de komst van het kind voor te bereiden.

3.44 In het geval de annuleringskosten laag uitvallen of zelfs op nihil uitkomen in verband met het vroege tijdstip van de annulering, resteren voor de opdrachtnemer mogelijk vergeefs gemaakte kosten in verband met de inschrijving van het kind en het opstellen van het contract. Mijns inziens kan de opdrachtnemer in dat geval deze kosten op de opdrachtgever verhalen als onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht die niet in het loon zijn begrepen als bedoeld in art. 7:406 lid 1 BW.

Verplichte verrekening van het voordeel van spoedige invulling van de opengevallen kindplaats?

3.45 Dat na een opzegging een kindercentrum de opengevallen kindplaats op korte termijn kan invullen door een ander kind te plaatsen, spreekt niet vanzelf, maar is ook zeker niet onmogelijk. Er zijn immers kindercentra met een wachtlijst. Overigens zal ook in dat geval het 'vervangende kind' lang niet altijd direct beschikbaar zijn, omdat dit kind en zijn ouders veelal enige tijd nodig zullen hebben om zich op de nieuwe situatie in te stellen. Wordt de opengevallen kindplaats een maand na de opzegging of later door plaatsing van een ander kind ingevuld, dan kan dit uiteraard niets veranderen aan wat hiervoor is gezegd. Dat behoort tot het ondernemersrisico van het kindercentrum. Maar wat indien die invulling op kortere termijn dan een maand blijkt te kunnen plaatsvinden; is dit voordeel voor het kindercentrum dan te beschouwen als een besparing in de zin van de tweede volzin van art. 7:411 lid 2 BW, die in mindering moet worden gebracht op het te vergoeden loon over één maand?

3.46 Volgens de tweede volzin van art. 7:411 lid 2 BW is de maatstaf of de besparing uit de voortijdige beëindiging voortvloeit. Twijfel is mogelijk. De voortijdige beëindiging zelf leidt uiteraard niet tot de invulling van de opengevallen plaats door een ander kind. Maar zonder die beëindiging zou de nieuwe overeenkomst van opdracht niet mogelijk zijn geweest, omdat er geen plaats was.

Met dit laatste is tegelijk gezegd dat indien de plaatsing ook afgezien van de beëindiging plaats zou hebben gehad, van een besparing in ieder geval geen sprake is. Is het openvallen van de kindplaats echter wel voorwaarde voor de nieuwe overeenkomst van opdracht geweest, dan is eventueel wel verdedigbaar dat dit voordeel met het verschuldigde loon moet worden verrekend.

- 3.47 In ieder geval op het eerste gezicht bestaat er een analogie in de regeling van art. 7:764 lid 2 BW met betrekking tot aanneming van werk. Volgens die regeling is in geval van opzegging van de aannemingsovereenkomst door de opdrachtgever deze de voor het gehele werk geldende prijs verschuldigd, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. Ook in die context doet zich de vraag voor of een vervangende aannemingsovereenkomst als een besparing is te zien. Volgens de wetsgeschiedenis is met het begrip besparingen bewust gekozen voor een 'elastische' term.⁴⁰ In de praktijk wordt ander werk dat de aannemer met behulp van de als gevolg van de opzegging vrijkomende capaciteit heeft kunnen verrichten, wel onder het begrip 'besparingen' gebracht. Dat dit niet onjuist is, volgt onmiskenbaar uit een arrest van uw Raad uit 2013.⁴¹ Ik zeg 'niet onjuist', want uit de verwerping van de klachten tegen het oordeel van het hof dat dit inhield, laat zich uiteraard niet afleiden dat een tegengesteld oordeel *onjuist* zou zijn geweest.
- 3.48 Intussen bestaat er een niet te verwaarlozen verschil tussen het stelsel zoals dit in geval van aanneming van werk geldt en het stelsel in geval van opdracht. De aannemer heeft recht op de winst die hij over het gehele werk zou hebben gemaakt. Zie het slot van art. 7:764 lid 2 BW. De opdrachtnemer heeft slechts aanspraak op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Dit kan weliswaar volgens art. 7:411 lid 2 BW maximaal het volle loon zijn minus besparingen, maar in het geval het volle loon over niet meer dan een redelijke periode wordt berekend (wat betreft kinderopvang: een maand), is dit wezenlijk minder dan waarvan de regeling van aanneming uitgaat.
- 3.49 Kortom, per saldo valt aan de analogie met aanneming geen beslissend argument te ontnemen. Waar de opdrachtnemer het allerminst te verwaarlozen risico draagt dat na een maand de opengevallen kindplaats nog niet is ingevuld, dunkt het mij alleszins redelijk dat hij het voordeel dat zich voordoet als invulling wél binnen een maand mogelijk is, mag behouden. Ik stel daarom voor dit voordeel niet te kwalificeren als een besparing die uit de voortijdige beëindiging voortvloeit.

Opzegging door de opdrachtgever op bijzondere gronden

- 3.50 Hiervoor is steeds verondersteld dat het voortijdige einde van de opdracht aan de opdrachtgever is toe te rekenen. Zulke toerekening spreekt min of meer vanzelf indien de opdrachtgever voor de opzegging (annulering daaronder begrepen) geen bijzondere gronden heeft en de opzegging dus bijvoorbeeld berust op een verandering in de omstandigheden van het gezin waarbinnen het kind wordt opgevoed of zelfs op niet meer dan een verandering van voorkeur. Anders wordt het indien de opdrachtgever voor zijn opzegging bijzondere gronden heeft, in verband waarmee het einde van de overeenkomst niet aan de opdrachtgever is toe te rekenen. In de context van kinderopvang is in het bijzonder te denken aan feiten en omstandigheden die aan het kindercentrum zijn toe te rekenen en die begrijpelijk maken dat de ouder het kind per direct niet langer aan de zorg van het kindercentrum wenst toe te vertrouwen. Ook het geval van het overlijden van het kind is, dunkt me, een geval van opzegging op bijzondere gronden.
- 3.51 Indien zich inderdaad zulke bijzondere gronden voordoen, heeft de opdrachtnemer volgens de wettelijke regels geen recht over loon wat betreft de periode vanaf de opzegging. Art. 7:411 lid 2 BW (recht op het volle loon) ziet alleen op het geval dat het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen. Ook uit lid 1 volgt geen vergoedingsplicht, omdat het naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon op nul is te stellen.
- 3.52 De hiervoor 3.12 e.v. vermelde algemene voorwaarden van kindercentra voorzien niet in algemene zin in opzegging door de opdrachtgever op bijzondere gronden. Wel voorzien de meest gebruikte voorwaarden in een onmiddellijk einde van de overeenkomst in het geval van het overlijden van het kind (zie art. 10 lid 6 van de hiervoor 3.10 geciteerde voorwaarden).
- 3.53 Langs twee routes valt te beredeneren dat de in de bedoelde algemene voorwaarden bedongen opzegtermijn niet geldt in het geval de opdrachtgever voor zijn opzegging bijzondere gronden

heeft. In de eerste plaats kan men de voorwaarden eenvoudig in die zin uitleggen. Waar de voorwaarden de opzegging op bijzondere gronden ongeregeld laten, zijn de wettelijke regels van toepassing en volgens die regels heeft het kindercentrum geen recht op loon (hiervoor 3.51). Leggen we de voorwaarden zo uit dat ze een opzegtermijn inhouden óók voor het geval de opdrachtgever voor de opzegging bijzondere gronden heeft, dan gaan de voorwaarden in zoverre verder dan het dwingende recht en dat is uiteraard niet toelaatbaar (hiervoor 3.39). Mede in het licht van art. 6:238 lid 2 tweede volzin BW (uitleg ten voordele van consumenten) meen ik dat de eerste route in het algemeen de juiste is. Uitvoeriger hierna 5.19. Uiteraard kan het in concreto anders zijn, bijvoorbeeld wanneer een beding zegt dat de opdrachtgever de in het beding omschreven vergoeding 'steeds' of 'onder alle omstandigheden' verschuldigd is.

- 3.54 Zou toch van de tweede route worden uitgegaan, dan laat zich nog de vraag stellen of de bedoelde bepalingen in de algemene voorwaarden van kindercentra als oneerlijk zijn te beschouwen in verband met het ontbreken van een regeling voor opzegging op bijzondere gronden. Zie daarvoor hierna 5.18 e.v.

4 Ambtshalve handhaving van dwingend recht door de rechter

Inleiding; plan van behandeling

- 4.1 Dwingend recht kan worden gehandhaafd doordat bedingen die met het dwingende recht in strijd zijn, ambtshalve door de rechter buiten toepassing worden gelaten. Dit hoofdstuk is gewijd aan de vraag of volgens de gewone regels van Nederlands burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht de rechter dit inderdaad doet, althans zou moeten doen, en onder welke voorwaarden.
- 4.2 Voor een goed begrip van de kwestie is het nodig om vooraf enkele begrippen te verduidelijken en onderscheidingen te maken. Als eerste maak ik enkele opmerkingen over het verschijnsel van dwingend recht en de belangrijkste variaties ervan (hierna 4.4 e.v.). Om nader de gedachten te bepalen, onderscheid ik vervolgens bij wijze van 'prototypen' drie niveaus van potentiële rechterlijke activiteit met betrekking tot dwingend recht (hierna 4.11 e.v.). Dwingend recht leidt volgens art. 3:40 lid 2 BW – afhankelijk van de strekking van het dwingende recht – tot 'nietigheid' of 'vernietigbaarheid'. Ook die begrippen behoeven met het oog op de vraag naar de juiste rechterlijke activiteit bespreking, een bespreking waarbij ik aansluiting zoek bij de mijns inziens nog altijd waardevolle beschouwingen van Meijers (hierna 4.15 e.v.). Ik heb in mijn bespreking van de begrippen en onderscheidingen van dwingend en aanvullend recht respectievelijk nietigheid en vernietigbaarheid vanzelfsprekend geen enkele volledigheid kunnen nastreven. Ik heb slechts willen zeggen wat ik voor een goed begrip van het vervolg noodzakelijk achtte.
- 4.3 Dat vervolg bestaat in de eerste plaats uit een bespreking van de rechtspraak en literatuur met betrekking tot de ambtshalve handhaving van dwingend recht onder het oude recht, ik bedoel van vóór 1 januari 1992, dus voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (hierna 4.25 e.v.). De dissertatie van Vriesendorp (1970) zal daarbij een belangrijke bron zijn. Ik kondig reeds aan dat zal blijken dat dwingend recht in de regel ambtshalve werd gehandhaafd, dus ook zonder dat de dwingende rechtsregel door een van partijen was ingeroepen. Dit is opvallend omdat veel moderne literatuur ervan uitgaat dat alleen dwingend recht van openbare orde een zodanige behandeling verdient (hierna 4.55 e.v. en 4.82). Ik heb mij uiteraard de vraag gesteld hoe die moderne opvatting kan zijn ontstaan, en ook of zij juist is. Op zoek naar aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vragen, bespreek ik hierna 4.38 e.v. de aanloop naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek (1992), hierna 4.51 e.v. de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken (2002) en, na de presentatie van een tussenstand onder 4.53 e.v., ontwikkelingen in de literatuur van de nieuwe eeuw (hierna 4.55 e.v.). Daarna komt de moderne rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde (hierna 4.89 e.v.). Daarbij zal blijken dat diverse recente arresten nog steeds veronderstellen dat de rechter *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd dwingend recht veelal ambtshalve handhaaft, zoals de rechter ook overigens de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering en het verweer ambtshalve aan het recht toetst. In de moderne literatuur is door diverse auteurs het alternatief bepleit dat de rechter

dwingend recht ambtshalve aan de orde stelt; dit komt hierna 4.112 e.v. aan de orde. Ten slotte trek ik onder 4.120 e.v. conclusies met betrekking tot de ambtshalve handhaving van het eenzijdig dwingende recht van de regeling van de opdracht (art. 7:413 jo. 7:408 lid 3 BW).

Begrippen en onderscheidingen (1): dwingend recht

- 4.4 Zowel met aanvullend als dwingend recht geeft de wetgever een regel die tussen partijen gelding heeft, uiteraard mits aan de toepassingsvoorwaarden van de regel is voldaan. In geval van dwingend recht voegt de wetgever aan die regel echter nog iets toe dat in geval van aanvullend recht ontbreekt, namelijk een verbod op bedingen die met de regel in tegenspraak zijn. In verband met het beginsel van contractsvrijheid is aanvullend recht het gewone geval en dwingend recht de uitzondering.⁴²
- 4.5 Hierna zal blijken dat dwingend recht niet in alle gevallen met dezelfde mate van rechterlijke activiteit wordt gehandhaafd. In dat opzicht is er dus verscheidenheid van dwingend recht. Die verscheidenheid is er ook in diverse andere opzichten.
- 4.6 Er bestaat verscheidenheid in de redenen voor het verbod op bedingen die met de door de wetgever gegeven regel in tegenspraak zijn, dus in de redenen voor de keuze voor *dwingend* recht.⁴³ De reden voor die keuze is zeer vaak dat de wetgever de ene partij bij een bepaalde categorie van rechtshandelingen (bijna altijd: overeenkomsten) voor zwakker houdt dan de andere en daarom wil beschermen. De belangrijkste categorieën van zulke zwakke partijen zijn overbekend: werknemers, huurders en pachters, en daarnaast vooral ook consumenten. De reden voor de keuze voor dwingend recht kan ook gelegen zijn in de belangen van bij de werking van een rechtshandeling betrokken derden. En ook is mogelijk dat de wetgever een hoger belang dan dat van partijen of van *bepaalde* derden op het oog heeft, dus een algemeen belang, zoals de zekerheid van het rechtsverkeer of een bijzonder materieel belang van de gemeenschap.
- 4.7 Er bestaat ook verscheidenheid wat betreft de mogelijkheid om tóch van de door de wetgever gegeven regel af te wijken.⁴⁴ Voor zulke afwijking kan bijvoorbeeld een vorm zijn voorgeschreven, zodat partijen de afwijking in eigen macht hebben (bijv. art. 7:864 lid 2 BW). Het dwingende karakter van de rechtsregel is aldus uitgesproken zwak; het vormvoorschrift scherpt slechts in dat het afwijkende beding wordt gemaakt. Men spreekt in dit verband van *semidwingend* recht. Ook komt het voor dat niet partijen zelf de afwijking in hun macht hebben, maar anderen wel, zoals in gevallen waarin afwijking bij cao (één voorbeeld uit vele: art. 7:670 lid 14 BW) of standaardregeling (bijv. art. 7:6 BW) mogelijk is. Vooral in het arbeidsrecht is in dit verband de term *driekwart dwingend* recht gangbaar.⁴⁵ De figuur veronderstelt uiteraard dat een cao respectievelijk standaardregeling een hogere rang heeft dan een individuele overeenkomst.⁴⁶ Wat bij individuele overeenkomst niet mag, mag bij de 'hogere' cao of standaardregeling wel.
- 4.8 Verscheidenheid kan ook bestaan wat betreft de partij jegens wie afwijking is toegelaten. Voor veel dwingend recht geldt dat het slechts afwijking ten nadele van de ene partij verbiedt en niet ook afwijking ten nadele van de andere partij (een voorbeeld uit vele: art. 6:96 leden 4 en 5 BW). Men spreekt van *eenzijdig dwingend recht*, in onderscheid van *meerzijdig dwingend recht*.⁴⁷ Uiteraard bestaat er een rechtstreeks verband met de reden voor het verbod op afwijking: is die reden gelegen in de bescherming van een zwakkere partij, dan ligt voor de hand inderdaad wél toe te staan dat ten gunste van die partij van de door de wetgever geformuleerde regel wordt afgeweken. De term *eenzijdig dwingend recht* impliceert dat naar de andere zijde van dwingend recht géén sprake is; in zoverre is de door de wetgever gegeven regel juist aanvullend. Dit is eenvoudig te illustreren aan de hand van het in deze procedure centraal staande art. 7:411 BW. De belangrijkste regel die dat artikel bevat, is dat bij een voortijdig einde van de opdracht de opdrachtnemer recht heeft op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon, dat in het geval het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen, het volle loon kan zijn. Volgens art. 7:413 lid 2 jo. 7:408 lid 3 BW kan van deze regel niet ten nadele van de particuliere opdrachtgever worden afgeweken. Dit betekent dus dat voor zover art. 7:411 BW de particuliere opdrachtgever faciliteert, dus in de zin dat deze niet meer dan een redelijk deel van het loon verschuldigd is, van écht dwingend recht sprake is: afwijking van de door de wetgever gegeven regel is niet toegelaten, ook niet in bepaalde vorm (géén *semidwingend recht*) of bij cao of standaardregeling (géén *driekwart dwingend recht*). Intussen, voor zover art. 7:411 BW de

opdrachtnemer faciliteert door hem een aanspraak op een redelijk deel van het loon toe te kennen, is sprake van *aanvullend* recht. Afwijking van de door de wetgever gegeven regel is in zoverre gewoon toegelaten.⁴⁸

4.9 Een verwante variatie is dat niet beide partijen het verbod op de afwijking van het dwingende recht kunnen inroepen, maar slechts een van hen (bijv. art. 7:619 lid 3). De andere partij kan zich dus niet op de door de wetgever geformuleerde regel beroepen. Men spreekt van *relatief dwingend recht*.⁴⁹ Ook deze variant veronderstelt dat de wetgever de bescherming van een van partijen beoogt.

4.10 Met betrekking tot de hiervoor gehanteerde begrippen en onderscheidingen zij men erop bedacht dat de terminologie niet vast is. Ook in de context van de voorliggende zaak doet zich dit voor. De vijfde prejudiciële vraag spreekt over 'semi-dwingend recht' in een geval dat hiervoor als 'eenzijdig dwingend recht' werd aangeduid (uitvoeriger hierna 6.10).

Begrippen en onderscheidingen (2): drie prototypische niveaus van rechterlijke activiteit

4.11 Waar het in deze beschouwingen in het bijzonder om te doen is, is het antwoord op de vraag met welke mate van rechterlijke activiteit volgens de gewone regels van Nederlands burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht dwingend recht door de rechter wordt gehandhaafd: doet hij dit ook ambtshalve en zo ja onder welke voorwaarden? Nu verhelderd is wat dwingend recht is, kan die vraagstelling nader worden ingekleurd. Ik doe dit door drie niveaus van potentiële rechterlijke activiteit met betrekking tot dwingend recht te onderscheiden. Hierna functioneren die onderscheiden niveaus als 'prototypen'. Ik bedoel daarmee dat de formulering van de mate van rechterlijke activiteit voorlopig is, omdat in het vervolg nog nuances zullen worden toegevoegd. Dat ik spreek over 'prototypen' heeft daarnaast als reden dat zich overgangsfiguren voordoen, in de zin dat met betrekking tot een bepaalde wetsbepaling van dwingend recht de rechter in een of meer opzichten meer activiteit behoort te ontplooien dan volgens het ene prototypische niveau dat ik beschrijf, maar tegelijk minder dan het erboven gelegen niveau.

4.12 Volgens het *hoogste niveau* van rechterlijke activiteit met betrekking tot dwingend recht handhaaft de rechter het verbod op afwijkende bedingen geheel zelfstandig ten opzichte van de procespartijen. Dit niet alleen in die zin dat onverschillig is welk standpunt partijen met betrekking tot de geldigheid van het beding hebben ingenomen, maar ook in de zin dat de rechter actief de voor de toepassing van het dwingende recht relevante feiten onderzoekt. Uiteraard is de rechter wat betreft de feiten tot op zekere hoogte altijd van de voorlichting door partijen afhankelijk, maar hij kan wel naar aanleiding van bepaalde kenmerken van de hem voorgelegde zaak aan partijen vragen stellen en/of andere maatregelen van instructie nemen. Uitgaande van het door mij bedoelde hoogste niveau van rechterlijke activiteit doet hij dit zodra hij ook maar de mogelijkheid van de toepasselijkheid van het dwingende recht vermoedt. Doet de rechter dit toch niet, dan kan daarover in een hogere instantie worden geklaagd. Op dit hoogste niveau van rechterlijke activiteit is de werking van het dwingende recht maximaal. Zodra de rechter vermoedt dat dwingend recht ter zijde is gesteld, is hij actief. Uiteraard is hiermee de werking van het dwingende recht nog steeds verre van volmaakt. Niet alleen kan de presentatie van de zaak door partijen de rechter op het verkeerde been zetten, zodat de toepasselijkheid van het dwingende recht onvermoed blijft, ook zijn er zeer veel gevallen die de rechter nooit bereiken en waarin afwijkingen van dwingend recht niet worden geredresseerd.

4.13 De lezer vermoedt reeds wat als het *laagste niveau* van rechterlijke activiteit dient te gelden: de rechter handhaaft het verbod op afwijkende bedingen slechts in volstrekte afhankelijkheid van partijen; hun omlijning van het geschil, zowel feitelijk als juridisch, wordt door hem volmaakt gerespecteerd. Volgens dit laagste niveau van rechterlijke activiteit gaat de rechter niet alleen niet zelfstandig op zoek naar de feitelijke elementen die nodig zijn om te kunnen vaststellen of het dwingende recht van toepassing is, maar ontziet hij met het dwingende recht strijdige bedingen ook dan wanneer die toepasselijkheid evident is, maar geen van partijen zich op die toepasselijkheid beroept. Daarbij is onverschillig – ik beschrijf nog steeds het laagste prototypische niveau van rechterlijke activiteit – om welke reden partijen zich niet op het dwingende recht beroepen. Die reden kan bewust zijn (beide partijen menen dat handhaving van het dwingende recht niet in hun belang is), maar ook onbewust (onwetendheid bij een

procespartij en/of een mogelijke fout van diens advocaat of andere rechtshulpverlener). In al deze gevallen blijft de schending van het dwingende recht dus zonder gevolgen; het met het dwingende recht strijdige beding heeft 'gewoon' zijn werking. Wordt wél door een partij op het dwingende recht een beroep gedaan en worden de voor de toepassing ervan benodigde feiten door die partij gesteld, dan past de rechter het dwingende recht uiteraard wel toe.⁵⁰ Doet hij dit toch niet (bijvoorbeeld omdat hij ten onrechte meent dat aan de toepassingsvoorwaarden voor het dwingende recht niet is voldaan), dan kan dit in het algemeen door het aanwenden van een rechtsmiddel worden geredresseerd.

- 4.14 In verband met de gewone rolverdeling tussen rechter en procespartijen ligt ook voor de hand wat het prototypische *middenniveau* van rechterlijke activiteit met betrekking tot de handhaving van dwingend recht is: indien de toepasselijkheid van het dwingende recht volgt uit de feiten zoals die zonder nader onderzoek van de rechter vaststaan, handhaaft de rechter het dwingende recht, ook al heeft geen van partijen op het bestaan van het dwingende recht een beroep gedaan. Een onderzoek naar de feiten buiten hetgeen partijen hem presenteren, doet de rechter op dit middenniveau echter niet.

Begrippen en onderscheidingen (3): nietigheid en vernietigbaarheid

- 4.15 In dit hoofdstuk werden de bekende begrippen 'nietig' en 'vernietigbaar' tot nu toe door mij opzettelijk nog niet gebruikt, maar de ervaren beoefenaar van het civiele recht schoten ze ongetwijfeld reeds door het hoofd. Het wordt daarom tijd om ook over die begrippen iets te zeggen.
- 4.16 Onder het oude recht (het recht van vóór 1 januari 1992) was de terminologie zeer onvast. Het toenmalige Burgerlijk Wetboek kende diverse voorbeelden van 'nietigheid' (althans naar luid van de wettekst) die slechts door een bepaalde partij kon worden ingeroepen;⁵¹ wij spreken in een dergelijk geval thans consequent van 'vernietigbaarheid'. Uiteraard werd dit in de literatuur opgemerkt. Fundamenteel en invloedrijk was de bespreking van de kwestie door Meijers in zijn *Algemene begrippen* (1948).⁵² Overweging van zijn inzichten is ook nu nog zeer de moeite waard.
- 4.17 In de visie van Meijers dienen de begrippen van het burgerlijk recht tot een doelmatige ordening van verschijnselen zoals die zich bij de toepassing van het burgerlijk recht voordoen.⁵³ Niet uit het wel of niet hanteren van een bepaald begrip vloeien rechtsgevolgen voort – nee, het is andersom, de rechtsgevolgen die volgens een bepaalde interpretatie van het burgerlijk recht intreden, worden met gebruikmaking van begrippen aangeduid. De vraag naar een juiste begripsvorming is daarom een kwestie van de meest doelmatige classificatie van de verschijnselen zoals die zich in het burgerlijk recht voordoen (dus van de rechtsgevolgen van rechtsregels in al hun schakeringen) en niet meer dan dat. Het is zelfs de vraag of in dit verband wel van 'juiste' (en 'onjuiste') begripsvorming kan worden gesproken, wel van een meer of minder gelukkige omlijning van gebruikte begrippen respectievelijk van een meer of minder gelukkige indeling van de variëteit van rechtsverschijnselen met hulp van die begrippen.
- 4.18 Zo ook wat betreft de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid'. Er is volgens Meijers niet een logische grenslijn te trekken; in plaats daarvan moet een doelmatige classificatie plaatsvinden van de rechtsstof.⁵⁴ Daarbij is niet de ene classificatie goed en de andere fout. Nee, de zeer grote variëteit in rechtsgevolgen schept vele overgangsvormen, zozeer dat vanuit systematisch gezichtspunt in sommige gevallen evengoed van nietigheid als van vernietigbaarheid kan worden gesproken.⁵⁵ In een dergelijk geval zal men het gebruik van het begrip gepaard moeten laten gaan met een aanduiding van hetgeen ten opzichte van het normale type afwezig is, respectievelijk aanwezig hoewel in het normale type afwezig. Bij de classificatie van het ontbreken van rechtswerking van rechtshandelingen als gevallen van nietigheid respectievelijk vernietigbaarheid is volgens Meijers onder meer te letten op de volgende factoren: kan iedereen een beroep op het gebrek doen; hoe moet dit beroep worden gedaan; is het beroep aan tijd gebonden; kan afstand van het beroep gedaan worden met het gevolg dat handeling als geldig moet worden beschouwd.⁵⁶
- 4.19 Het komt er dus op neer dat volgens Meijers ook de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheden' een prototypisch karakter dragen, omdat er vele overgangsfiguren zijn. Het prototype van nietigheid omschrijft hij als het geval dat de rechter ook zonder enig beroep van de

belanghebbende te allen tijde wegens het gebrek het rechtsgevolg moet weigeren, terwijl men niet door afstand het rechtsgevolg onaantastbaar kan maken.⁵⁷ Het prototype van vernietigbaarheid is het geval dat de gevolgen aan de rechtshandeling eerst ontzegd worden nadat de rechter die handeling nietig heeft verklaard, terwijl de rechter dit niet ambtshalve mag doen; in plaats daarvan wordt aan een of enkele belanghebbenden een daartoe strekkende vordering toegekend, welke aan verjaring onderhevig is, met de mogelijkheid van afstand door deze belanghebbenden van hun bevoegdheid om een zodanige vordering in te stellen.⁵⁸

- 4.20 De vraag of de rechter ook ambtshalve aan een rechtshandeling een of meer rechtsgevolgen ontzegt, is voor Meijers niet als zodanig bepalend om van nietigheid dan wel van vernietigbaarheid te spreken.⁵⁹ Wel behoort grote ambtshalve activiteit van de rechter tot het *prototype* van nietigheid en is een vordering van een belanghebbende nodig volgens het *prototype* van vernietigbaarheid (wat juist minimale ambtshalve activiteit van de rechter impliceert). Waar Meijers de variëteit van rechtsverschijnselen benadrukt, is echter geïmpliceerd dat ook met betrekking tot de vraag naar de mate van ambtshalve rechterlijke activiteit zich allerlei overgangsfiguren kunnen voordoen.⁶⁰
- 4.21 Wie op de hoogte is van de wijze waarop ons nationale burgerlijk recht zich heeft aangepast aan de eisen die de Richtlijn oneerlijke bedingen stelt, weet dat zo'n overgangsfiguur tussen nietigheid en vernietigbaarheid met betrekking tot de door de rechter te ontplooiën activiteit thans inderdaad wordt erkend, namelijk de figuur van een ambtshalve door de rechter toe te passen vernietigbaarheid (vergelijk hierna 5.3 onder c). Die figuur wordt terecht met de naam van Hartkamp verbonden, die vanaf zijn eerste bewerking van de delen Verbintenissenrecht in de Asser-serie (1985) de mogelijkheid ervan had benoemd, ver vóórdat duidelijk werd dat de Richtlijn oneerlijke bedingen (1993) inderdaad een zodanige mate van rechterlijke activiteit vereist. Ik kom straks daarop terug (hierna 4.46). Voor nu volsta ik met de opmerking dat Hartkamp op dit punt in feite voortbouwde op de inzichten van Meijers, behalve auteur van de Algemene begrippen ook de belangrijkste ontwerper van het nieuwe wetboek. Dat is een aanwijzing dat die inzichten nog altijd actueel zijn en ook bij de uitleg van het huidige Burgerlijk Wetboek behulpzaam kunnen zijn.
- 4.22 Wat ik graag aan Meijers wil ontlene is de gedachte dat uit het gebruik van de begrippen nietigheid en vernietigbaarheid op zichzelf niet beslissend volgt in welke mate de rechter ambtshalve actief behoort te zijn; dit geldt ook wat betreft de nietigheid of vernietigbaarheid die het gevolg is van strijd met dwingend recht. De juiste mate van rechterlijke activiteit moet in plaats daarvan door uitleg van de norm worden bepaald, dus rekening houdend met de strekking van dwingendrechtelijke voorschrift, de betrokken belangen, de eisen van de praktijk en verder alles wat bij een redelijke wetsuitleg aan de orde komt.⁶¹
- 4.23 Wie mij tegenwerpt dat ook bij een prototypische opvatting van de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid', het gebruik door de wetgever van hetzij het ene hetzij het andere begrip wel een aanwijzing oplevert van de mate waarin de rechter actief behoort te zijn, heeft met die tegenwerping op zichzelf geen ongelijk. Inderdaad wijst 'nietigheid' op een meer volstreekte werking van de ongeldigheid van de rechtshandeling dan 'vernietigbaarheid', en dit zal veelal ook op de vereiste rechterlijke activiteit zijn weerslag hebben. Bij het zien van de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' behoort het nadenken echter niet te stoppen.
- 4.24 Met betrekking tot de nietigheid of vernietigbaarheid van bepalingen in strijd met dwingend recht is er bovendien een belangrijke bijzonderheid. Zoals we hierna 4.38 e.v. zullen zien, heeft de wetgever het belang van maatwerk aan de hand van de strekking van het dwingende recht benadrukt door in het algemeen in het dwingendrechtelijke voorschrift zelf niet de sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid op te nemen. In plaats daarvan is de geschakeerde norm van art. 3:40 lid 2 BW de maatstaf.

Literatuur en rechtspraak met betrekking tot de ambtshalve handhaving van dwingend recht onder het oude recht: Vriesendorp en anderen

- 4.25 Wat betreft het recht van vóór 1992 zijn de meest uitvoerige beschouwingen over de mate waarmee de burgerlijke rechter dwingend recht dient te handhaven, te vinden in het proefschrift van Vriesendorp (1970) over het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden door de burgerlijke rechter.⁶² Vriesendorp greep zowel terug op Meijers (in het bijzonder wat betreft diens

beschouwingen over de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid'),⁶³ als vooruit op het nieuwe recht (in de versie van het Ontwerp-Meijers).⁶⁴ Vriesendorps beschouwingen stonden allerm minst los van het geldende recht. Integendeel is zijn boek mede een poging tot analyse en ordening van de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 1855 tot 1970.⁶⁵ Hierna zal ik in voetnoten voorbeelden uit die rechtspraak vermelden.

- 4.26 Vriesendorp bespreekt de kwestie in het meeromvattende kader van de opdracht aan de rechter van art. 48 Rv (oud) tot het aanvullen van de rechtsgronden, respectievelijk de keerzijde van die opdracht, het verbod van het aanvullen van de feiten (wij zouden nu zeggen: van feitelijke gronden). Belangrijk is dat Vriesendorp uit die opdracht in de eerste plaats afleidt dat het de taak van de rechter is om te onderzoeken of de door een procespartij gestelde feiten het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigen; dit geldt zowel met betrekking de vordering van eiser als wat betreft een eventueel zelfstandig verweer van gedaagde.⁶⁶ In dit onderzoek handelt de rechter zelfstandig, in de zin dat het onverschillig is of de wederpartij (indien verschenen) zich op de ongenoegzaamheid van de gestelde feiten heeft beroepen. De rechter is bovendien ook in zoverre zelfstandig, dat het hem vrij staat vaststaande feiten anders te waarderen dan partijen doen en daaraan een andere uitleg of kwalificatie te geven. Ook dit laatste is volgens Vriesendorp niet een verboden aanvulling van feiten.⁶⁷
- 4.27 Ik noem dit belangrijk omdat in de moderne procesrechtelijke literatuur in het verband van het huidige art. 25 Rv veelal alleen een ándere taak van de rechter wordt benoemd,⁶⁸ namelijk het *honoreren* van een vordering of verweer op een rechtsgrond die door partijen niet is genoemd. Denk aan het geval van het klassieke *Rijwielzadel*-arrest: eiser vordert schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad en legt daaraan een tussen partijen gemaakte afspraak ten grondslag; de rechter wijst de vordering toe op grond van wanprestatie (dus toerekenbare tekortkoming).⁶⁹ Déze taak van de rechter veronderstelt dat de partij die aldus door de rechter wordt 'geholpen', de voor de toepassing van de juiste rechtsgrond benodigde feiten heeft gesteld en mogelijk daarnaast ook dat deze partij op grond van die feiten ook zakelijk hetzelfde rechtsgevolg heeft ingeroepen.⁷⁰ Wie bij het aanvullen van rechtsgronden alleen aan deze laatstbedoelde taak denkt, verstaat de vraag of de rechter dwingend recht ambtshalve handhaaft gemakkelijk wezenlijk anders dan Vriesendorp (vergelijk de hierna 4.60 e.v. besproken discussie tussen H.J. Snijders en Hartkamp, en in het bijzonder onder 4.70).
- 4.28 Wat nu zegt Vriesendorp over ambtshalve toepassing van dwingend recht? Eerst bespreekt hij de vraag of alle dwingend recht van openbare orde is. Dit werd destijds wel beweerd, althans binnen de context van arbitrage.⁷¹ Volgens Vriesendorp ligt de kwestie veel genuanceerder. Volgens Vriesendorp is dwingend recht soms van openbare orde, maar geldt dit dus niet voor alle dwingend recht.⁷² Onder al het dwingende recht bevinden zich bovendien ook regels waarop de rechter alleen acht mag slaan als daarop door partijen een beroep is gedaan; op díe regels mag de rechter niet ambtshalve letten.⁷³ Let wel, beide kwesties (wel of niet van openbare orde, wel of niet een beroep van partijen op het dwingende recht nodig) vallen voor Vriesendorp niet samen. Anders gezegd, er zijn voor hem niet slechts twee groepen van gevallen (dwingend recht van openbare orde en dwingend recht waarop een beroep moet zijn gedaan).
- 4.29 Dit blijkt zeer duidelijk uit het vervolg van Vriesendorps beschouwingen. Dwingend recht van openbare orde wordt uiteraard steeds ambtshalve door de rechter toegepast. Daarbij gaat de rechter eventueel ook actief op zoek naar andere feiten dan door partijen aangevoerd (dwingend recht van openbare orde wordt dus ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd gehandhaafd). De lezer herkent het hiervoor 4.12 bedoelde hoogste prototypische niveau van rechterlijke activiteit. Het gebod van het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden geldt juist in het geheel niet voor het dwingende recht waarop de rechter alleen acht mag slaan als daarop door een procespartij een beroep is gedaan. Er bestaat volgens Vriesendorp echter nog een derde groep van gevallen, op een middenniveau van rechterlijke activiteit. In deze groep is het dwingende recht weliswaar niet van openbare orde, maar wordt de overtreding ervan wel zo nodig ambtshalve door de rechter geconstateerd.⁷⁴ Beroept eiser zich voor zijn vordering op een rechtshandeling in strijd met dwingend recht in deze zin, dan wijst de rechter de vordering dus ook ambtshalve af. Op gelijke wijze passeert hij een zelfstandig verweer van gedaagde dat op een zodanige rechtshandeling is gegrond. Dit alles vindt plaats *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd; de rechter toetst immers

steeds of de grondslag van de vordering respectievelijk het verweer volgens het geldende recht deugdelijk is en dus tot het ingeroepen rechtsgevolg leidt. Volgens Vriesendorp is deze middengroep 'aanmerkelijk uitgebreider' dan die van de gevallen waarin voor toepassing nodig is dat op het dwingende recht door partijen een beroep is gedaan.⁷⁵

- 4.30 Bij dit laatste moeten we dan wel bedenken dat, zoals blijkt uit de vele door Vriesendorp besproken voorbeelden van toenmalige wetsbepalingen van burgerlijk recht, het oude recht in heel veel gevallen van dwingend recht over 'nietigheid' sprak. Volgens Vriesendorp is een aanvaardbare vuistregel dat als een rechtshandeling van rechtswege nietig is, de rechter ambtshalve optreedt, terwijl hij in geval van vernietigbaarheid een beroep van partijen dient af te wachten.⁷⁶ Wel zegt hij in navolging van Meijers dat bij het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid geen grenslijn van nature gegeven is of in de aard van deze begrippen besloten ligt.⁷⁷
- 4.31 Het komt er dus op neer dat met betrekking tot dwingend recht volgens Vriesendorp alle hiervoor 4.11 e.v. onderscheiden prototypische niveaus van rechterlijke activiteit juist kunnen zijn, afhankelijk van welk dwingendrechtelijk voorschrift het betreft. Vriesendorp stelt vast dat meestal moeilijk uit de wettekst is af te lezen met welke soort van dwingend recht men te doen heeft; de terminologie is niet zelden onduidelijk, soms zelfs verwarrend.⁷⁸ Bepalend is de wijze waarop men het voorschrift uitlegt. Een verwante categorie is nietigheid vanwege strijd met een vormvoorschrift. Indien de strekking van het vormvoorschrift is dat een rechtshandeling die niet in de voorgeschreven vorm is verricht, geen werking heeft, past daarbij dat de rechter die nietigheid ook ambtshalve vaststelt.⁷⁹
- 4.32 Ik heb allerminst de indruk dat Vriesendorp méér rechterlijke activiteit met betrekking tot dwingend recht voorstond dan onder zijn tijdgenoten gangbaar was. Hiervoor vermeldde ik in voetnoten reeds voorbeelden uit de rechtspraak van uw Raad uit de door Vriesendorp onderzochte periode. Bij Vriesendorp zelf zijn nog veel meer vindplaatsen uit die rechtspraak te vinden. Wat betreft de literatuur beperk ik mij tot de vermelding van vier aanwijzingen:
- a. Volgens Cleveringa in zijn bewerking van Van Rossem moet art. 48 Rv (oud) aldus worden begrepen dat het de rechter voorschrijft om geheel ambtshalve te toetsen aan het stellige recht (men herkent de hiervoor 4.26 bedoelde taak van de rechter).⁸⁰ Dat dit volgens Cleveringa ook geldt voor dwingend recht is zo vanzelfsprekend dat hij dit niet zegt; wel bestrijdt hij de opvatting dat de opdracht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden niet voor regelend recht zou gelden.⁸¹ Voor dwingend recht geldt die opdracht dan uiteraard *a fortiori*, behoudens niet door Cleveringa beschreven uitzonderingsgevallen.
 - b. Star Busmann/Rutten⁸² acht het vanzelfsprekend dat dwingend recht in het algemeen van openbare orde is en daarom steeds door de rechter ambtshalve wordt toegepast. Dat betekent dus potentieel zelfs méér ambtshalve activiteit van de rechter dan waarvan Vriesendorp uitging.
 - c. Jansen in de losbladige Burgerlijke Rechtsvordering zegt dat in het materiële recht alle bepalingen van dwingend recht van openbare orde zijn.⁸³ Hij neemt dus een vergelijkbare positie in als Star Busmann/Rutten en gaat bij alle dwingend recht uit van verplichte rechterlijke activiteit. Wel maakt hij een uitzondering voor vernietigbaarheden.
 - d. Bij Hugenholtz/Heemskerk leest men zelfs nog tot op de dag van vandaag dat regels van dwingend recht ambtshalve door de rechter worden toegepast (zonder dat daarbij het etiket 'openbare orde' wordt gebruikt), kennelijk als aanduiding van een hoofdregel conform Vriesendorp.⁸⁴
- 4.33 Vriesendorp verrichtte zijn onderzoek vooral naar aanleiding van rechtspraak van de Hoge Raad. Dit zal verklaren waarom zijn boek niet afzonderlijk aandacht besteedt aan de afdoening van verstekzaken.⁸⁵ Het is dienstig om ook daarover nog wat te zeggen.
- 4.34 Volgens art. 76 Rv (oud) dienden in geval van verstek 'de conclusiën van den eischer' te worden toegewezen 'ten ware zij den regter onregtmatig of ongegrond voorkomen'. Welke plaats had dwingend recht in deze maatstaf?
- 4.35 Cleveringa verwees eenvoudig naar zijn commentaar op art. 48 Rv;⁸⁶ hij ging er dus vanuit dat ook in verstekzaken dwingend recht door de rechter wordt gehandhaafd. Wat bij Star

Busmann/Rutten⁸⁷ is te lezen, komt op hetzelfde neer. Hugenholtz/Heemskerk⁸⁸ werkte niet uit wat onder maatstaf van art. 76 Rv (oud) is te verstaan, mogelijk omdat dit vanwege het verband met art. 48 Rv (oud) vanzelf sprak.

4.36 Uitvoeriger is Ynzonides in zijn dissertatie (1996). Bij hem is te lezen:⁸⁹

'Een vordering kan als onrechtmatig worden bestempeld indien zij wordt gepretendeerd in strijd met het objectieve recht. Dit veronderstelt een toetsing van de vordering van eiser aan bepaalde rechtsregels. Het gaat hierbij om regels van openbare orde en regels van dwingend recht die door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Bij twijfel zal de rechter wederom van geval tot geval moeten beoordelen of de desbetreffende rechtsregel van openbare orde is of anderszins, ondanks verstekverlening tegen gedaagde, ambtshalve moet worden toegepast. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan materieelrechtelijke vervaltermijnen en regels inzake van rechtswege intredende nietigheid.'

4.37 Men herkent dezelfde driedeling als bij Vriesendorp.⁹⁰ Er zijn naast regels van openbare orde, ook andere regels van dwingend recht die ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast, waarbij het de onuitgesproken veronderstelling van Ynzonides is dat dit niet voor alle dwingend recht geldt. De rechter moet van geval tot geval beoordelen of ambtshalve activiteit geboden is. Ynzonides noemt als voorbeeld van ambtshalve toe te passen regels 'van rechtswege intredende nietigheid', waarbij hij in een voetnoot verwijst naar het enkele jaren eerder ingevoerde art. 3:40 BW.⁹¹

De aanloop naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek (1992)

4.38 Volgens art. 3:40 lid 2 BW leidt strijd met dwingend recht leidt tot 'nietigheid' of 'vernietigbaarheid'. Daarbij is een belangrijk gezichtspunt of de bepaling 'uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meezijdige rechtshandeling'. In dat geval is vernietigbaarheid het uitgangspunt, terwijl in andere gevallen nietigheid de aangewezen sanctie is. Het slot van de bepaling biedt ruimte voor maatwerk: 'een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'. Ik loop kort de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:40 lid 2 BW na.

4.39 De tekst van art. 3.2.7 lid 2 Ontwerp-Meijers (1954) luidde enigszins anders; de slottournure ontbrak. Het uitgangspunt dat dwingend recht slechts een van de partijen bij een meezijdige rechtshandeling beschermt, tot vernietigbaarheid leidt en niet tot nietigheid, gaat wél op het ontwerp terug. Dat uitgangspunt lichtte Meijers als volgt toe:⁹²

'Het tweede lid heeft betrekking op rechtshandelingen, die in strijd met een dwingende wetsbepaling zijn. Veelal zal een zodanige rechtshandeling tevens moeten worden aangemerkt als een waarvan de inhoud in strijd met de openbare orde is. Als regel is dan ook het gevolg hetzelfde; een zodanige rechtshandeling is nietig. Het kan echter zijn, dat het dwingende wetsvoorschrift de strekking heeft de handelende persoon tegen zichzelf te beschermen. Geschiedt dit ten aanzien van een partij bij een meezijdige rechtshandeling, dan is hier slechts grond om de handeling vernietigbaar te verklaren. Er bestaat geen reden om de andere partij ook de bevoegdheid te geven om de nietigheid in te roepen; evenmin om de beschermde partij nog deze bevoegdheid te geven, wanneer hij op een tijdstip dat hij geen bescherming meer behoeft de overeenkomst wil bevestigen. Wanneer b.v. de wet in het belang van de meerderjarig geworden pupil bepaalt, dat een overeenkomst rakende de voogdij door een behoorlijke rekening en verantwoording moet worden voorafgegaan, dan is een overeenkomst zonder een voorafgaande rekening en verantwoording nog niet als in strijd met de openbare orde of goede zeden te beschouwen, zodat de handeling voor geen bevestiging vatbaar zou zijn en ook de gewezen voogd zich op het ongeoorloofde karakter zou kunnen beroepen. Hier is slechts een vernietiging door een verklaring of op een vordering van de door de wet beschermde partij op haar plaats.'

4.40 De argumenten van Meijers voor de figuur van eenzijdig dwingend recht waren dus dat (1) de wederpartij geen beroep op de nietigheid behoort te kunnen doen en (2) dat bevestiging (vergelijk het huidige art. 3:55 BW) van de rechtshandeling mogelijk moet zijn indien de bescherming die het dwingende recht biedt, niet langer nodig is. De vraag wat de rechter ambtshalve wel of niet doet, staat in de Toelichting-Meijers niet centraal.

- 4.41 Het gewijzigd ontwerp van Boek 3 (1971), waaraan de naam van regeringscommissaris G.E. Langemeijer verbonden is, voegde alsnog de slottournure toe, zoals die nu in art. 3:40 lid 2 BW is te lezen. Dit werd in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer als volgt toegelicht:⁹³
- ‘Verschillende overwegingen hebben de ondergetekende er toe gebracht de redactie van het tweede lid te herzien. Het voorschrift dat rechtshandelingen in strijd met een dwingende wetsbepaling in het algemeen nietig zijn en slechts vernietigbaar, als de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, bevat een regel van interpretatie, die in deze vorm aan de rechter onvoldoende vrijheid laat om rekening te houden met eventuele andere factoren die voor de betekenis van die bepaling van belang zijn. De omstandigheid dat de dwingende wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, zal bij onduidelijkheid van de bewoordingen van die bepaling veelal een doorslaggevend argument voor vernietigbaarheid zijn. Uit de strekking van de betreffende bepaling kan echter voortvloeien dat een rechtshandeling die in strijd daarmee wordt verricht, nochtans nietig is. Anderzijds zal uit de strekking van een dwingende wetsbepaling die niet uitsluitend bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling beoogt, kunnen voortvloeien dat een rechtshandeling die in strijd daarmee wordt verricht, slechts vernietigbaar is. Tot zodanige wisselende interpretaties zal men kunnen worden genoopt b.v. door het feit dat de bepaling weliswaar niet uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen, maar dat dit motief toch sterk overweegt; dat de bepaling is overgenomen uit een verdrag, ten aanzien waarvan de geschiedenis of buitenlandse opvattingen sterk in de richting van een bepaalde uitleg wijzen; dat het gewenst kan zijn dat ook bepalingen die uitsluitend ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling strekken, door de rechter ambtshalve worden toegepast teneinde de betreffende partij tegen zichzelf te beschermen; en tenslotte dat soms de rechtszekerheid eist dat in het rechtsverkeer op de geldigheid van de rechtshandeling mag worden vertrouwd, voor zover de rechtshandeling niet met inachtneming van de artikelen 3.2.13-18 op initiatief van de wederpartij is vernietigd. De ondergetekende meent dat met de laatste zinsnede van het gewijzigd ontwerp van lid 2 voldoende ruimte is gegeven om ook met factoren als hier bedoeld rekening te houden, zonder dat te zeer afbreuk wordt gedaan aan de voordelen van een duidelijk richtsnoer, dat dit lid beoogt te bieden voor de uitleg van dwingende wetsbepalingen, die ook buiten het ontwerp kunnen voorkomen en waarvan de duidelijkheid op dit punt niet altijd gewaarborgd behoeft te zijn.’
- 4.42 Het maatwerk zoals dit met de toevoeging van de slottournure van de bepaling mogelijk werd, staat dus in verband met diverse overwegingen, waaronder ook de overweging ‘dat het gewenst kan zijn dat ook bepalingen die uitsluitend ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling strekken, door de rechter ambtshalve worden toegepast teneinde de betreffende partij tegen zichzelf te beschermen’. Had Langemeijer als lid van de rechterlijke macht⁹⁴ voor dit gezichtspunt mogelijk meer oog dan Meijers, die de rechtspraktijk alleen korte tijd als advocaat had beoefend?⁹⁵ Let wel, de positie van Langemeijer is zeker niet in strijd met die van Meijers. Zoals gezegd ging het Meijers er bij eenzijdig dwingend recht om dat niet ook de wederpartij van de beschermde partij op de nietigheid een beroep moet kunnen doen en dat bevestiging mogelijk moet zijn zodra de bescherming niet meer nodig is (hiervoor 4.40). Het is dus zeker niet zo dat de keuze van Meijers wat betreft eenzijdig dwingend recht voor vernietiging iets te maken had met een wens dat de rechter een meer lijdelijke rol bij de handhaving van het dwingende recht zou gaan vervullen. Wel onderschatte Meijers mogelijk het risico van onwetendheid aan de zijde van de beschermde partij.
- 4.43 Overigens spreekt de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer niet, in ieder geval voor mij niet duidelijk, over de mogelijkheid van een *overgangsfiguur* tussen nietigheid en vernietigbaarheid.⁹⁶ In plaats daarvan lijkt de rechter een keuze te moeten maken tussen nietigheid en vernietigbaarheid, waarbij dan de ambtshalve door de rechter te bieden bescherming een overweging is. Ik begrijp dit zo dat in de gevallen waarin die overweging zwaar weegt, nietigheid de aangewezen sanctie is.
- 4.44 De parlementaire stukken van de Invoeringswetten voegen beperkt iets toe. Inmiddels is W. Snijders regeringscommissaris. Relevant nieuws is niet te vinden in de stukken met betrekking tot

de Invoeringswet, vierde gedeelte, met betrekking tot Boek 3; over de behandeling van eenzijdig dwingend recht wordt daarin niet gesproken.⁹⁷ Het stelsel van art. 3:40 lid 2 BW komt echter wel aan de orde in de inleiding van de memorie van toelichting (1983) bij de Invoeringswet, zevende gedeelte, met betrekking tot Boek 7A. In die inleiding wordt verantwoord waarom de term 'nietigheid' zoals die onder meer in het huur-, arbeids- en verzekeringsrecht voorkomt, vaak ongewijzigd is gelaten, ook als een bepaling van dwingend recht in beginsel ter bescherming van niet meer dan een van partijen strekt:⁹⁸

'Dit is geschied, omdat het onwenselijk is geacht om hier af te wijken van de wijze waarop zij naar huidig recht plegen te worden opgevat, waarbij mede een rol kan spelen dat zich soms ook andere aspecten voordoen dan alleen de bescherming van één partij, aan wie zelf kan worden overgelaten of zij deze bescherming wenst in te roepen. De mogelijkheid blijft derhalve open dat de rechter deze nietigheden ambtshalve toepast (bijv. in verstekzaken), omdat hij meent dat de betreffende partij ook zonder uitdrukkelijk beroep op de bepaling de daardoor verleende bescherming behoeft, of omdat hij de bepaling mede van openbare orde acht of er een vormvoorschrift in ziet.

- 4.45 Voor de kwestie waarom het nu vooral gaat (leidt strijd met dwingend recht tot nietigheid, vernietigbaarheid, of eventueel iets daartussenin), behoeft men in deze passage niet iets nieuws te lezen ten opzichte van de memorie van antwoord van het gewijzigd ontwerp. Ik bedoel dat men de passage nog steeds zo kan lezen dat de rechter wat betreft dwingend recht dat de bescherming van één partij beoogt, de *keuze* heeft tussen vernietigbaarheid en nietigheid. Continuïteit is er ook in zoverre dat weer een gezichtspunt is de bescherming die een partij ook zonder uitdrukkelijk beroep op het dwingende recht kan behoeven, waaronder ook in verstekzaken. (Net als G.E. Langemeijer was W. Snijders lid van de rechterlijke macht.⁹⁹)
- 4.46 Het is Hartkamp geweest, die vanaf zijn eerste bewerking van de delen Verbintenissenrecht in de Asser-serie (1985), met een beroep op onder meer de aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij de Invoeringswet, zevende gedeelte, uitdrukkelijk de mogelijkheid van een tussenvorm tussen nietigheid en vernietigbaarheid heeft verdedigd. Hartkamp sprak van een 'figuur dat slechts de beschermde partij, niet de wederpartij of een derde, zich op de overtreding van de wet kan beroepen, doch dat de rechter de wetsbepaling (bijv. in een verstekprocedure) ook ambtshalve kan toepassen.'¹⁰⁰ Dit komt dus neer op in het belang van de beschermde partij ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid. Uit het voorgaande volgt dat ik dit zo niet in de genoemde memorie van toelichting lees, maar daarmee bedoel ik op geen enkele manier op de toelaatbaarheid van een zodanige tussenvorm af te dingen. De formulering 'een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit' (art. 3:40 lid 2 BW) staat de figuur onmiskenbaar toe, en, zoals gezegd (hiervoor 4.21), de mogelijkheid van een tussenvorm als deze ligt ook geheel in het verlengde van Meijers opvatting van de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid'.
- 4.47 Wat betreft de aanloop naar het nieuwe burgerlijk recht verdient nog de aandacht een publicatie (2002) van W. Snijders, de voormalige regeringscommissaris, naar aanleiding van de inwerkingtreding van de overbrenging van het arbeidsrecht naar Boek 7 BW.¹⁰¹ In deze bijdrage bespreekt Snijders de tendens tot relativering van nulliteiten en in het bijzonder de vermindering van het aantal gevallen waarin strijd met dwingend recht met nietigheid wordt bedreigd. Hij wijst echter uitdrukkelijk op de mogelijkheid van een vernietigbaarheid die ambtshalve door de rechter wordt toegepast als tussenvorm tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Aan die tussenvorm 'kan in het bijzonder behoefte bestaan indien de beschermde partij de vaardigheden of de gelegenheid mist om zelf een beroep op de vernietigingsgrond te doen en de rechter vernietiging onmiskenbaar in zijn belang oordeelt.'¹⁰²
- Aldus zat W. Snijders in 2002 geheel op hetzelfde spoor als Hartkamp.¹⁰³
- 4.48 Het valt de lezer mogelijk op dat in de parlementaire stukken van het nieuwe BW de term 'openbare orde' niet valt. Dit lijkt te veronderstellen dat voor ambtshalve toepassing van dwingend recht – hetzij als grond van nietigheid, hetzij in de vorm van een door de rechter uit eigen beweging gedane vernietiging ten behoeve van de door het dwingende recht beschermde partij – niet nodig is dat sprake is van recht van openbare orde. De bedoelde ambtshalve

toepassing vindt kennelijk binnen de grenzen van de rechtsstrijd plaats. Dit stemt overeen met de opvatting van Vriesendorp en zijn tijdgenoten (hiervoor 4.27 e.v.).

- 4.49 Intussen is bij gelegenheid van de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in ander verband het onderscheid tussen gewoon dwingend recht en dwingend recht van openbare orde wél aan de orde gekomen, namelijk in de context van een vaststelling in strijd met dwingend recht. Ik doel op art. 7:902 BW. Volgens die bepaling is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Het is overbekend dat het begrip 'openbare orde' niet in iedere context dezelfde betekenis heeft,¹⁰⁴ zodat uit de regel van art. 7:902 BW op zichzelf de juistheid van een driedeling met betrekking tot dwingend recht in het andere verband van thans art. 25 Rv en voorheen art. 48 Rv (oud) niet volgt. De memorie van toelichting legt dit verband impliciet echter wel degelijk door met betrekking tot de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht mede naar Vriesendorp te verwijzen.¹⁰⁵ Een wijziging van opvatting met betrekking tot de mate waarin de rechter buiten het geval van een vaststelling in strijd met dwingend recht ambtshalve dwingend recht dat niet van openbare orde is handhaaft, blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 7:902 BW zeker niet.
- 4.50 Ten slotte nog, een wezenlijk verschil tussen oud en nieuw recht is dat het rechtsgevolg dat aan een afwijking van een bepaalde regel van dwingend recht is verbonden, in het algemeen niet in die regel zelf tot uitdrukking is gebracht. Waar het oude wetboek, vooral in de regeling van diverse bijzondere overeenkomsten, vol stond met formuleringen volgens welke bedingen die van het dwingende recht afweken 'nietig'¹⁰⁶ of 'van onwaarde'¹⁰⁷ waren, is dit in het nieuwe wetboek veel minder vaak het geval. De formulering 'nietig' komt nog wel voor in gevallen waarin de wetgever bijvoorbeeld duidelijk heeft willen maken dat iedere belanghebbende zich aanstonds op de ongeldigheid van het van het dwingende recht afwijkende beding kan beroepen.¹⁰⁸ Dat de wetgever in andere gevallen niet zegt dat afwijkende bedingen vernietigbaar zijn, maar in plaats daarvan dat niet ten nadele van de beschermde partij van het dwingende recht kan worden afgeweken,¹⁰⁹ is betekenisvol. Wie die formulering opvat als een omslachtige formulering voor vernietigbaarheid, begrijpt de bedoeling van de wetgever verkeerd. In plaats daarvan komt die formulering in verband met de norm van art. 3:40 lid 2 BW neer op een opdracht aan de rechter om het rechtsgevolg van de strijd met het dwingende recht op maat te snijden, ook wat betreft de door hem ambtshalve te ontplooien activiteit.

De herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken (2002)

- 4.51 Over de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals die per 1 januari 2002 beslag kreeg, kan ik kort zijn. Aan de vraag of dwingend recht ambtshalve door de rechter wordt toegepast, is bij gelegenheid van die herziening niet uitdrukkelijk aandacht besteed. Wel werd met het nieuwe art. 24 Rv het verbod tot het aanvullen van feitelijke gronden uitdrukkelijk in de wet neergelegd. De parlementaire stukken geven mij echter geen aanleiding om te denken dat iets anders is bedoeld dan een codificatie van wat voorheen *a contrario* uit art. 48 Rv (oud) werd afgeleid. Ook de toelichting op art. 25 Rv suggereert niets dan continuïteit ten opzichte van het oude recht:¹¹⁰

'De rechter mag, ja zelfs moet, wel de rechtsgronden aanvullen, dat wil zeggen dat hij zijn vonnis moet baseren op rechtsregels ook wanneer partijen die niet zelf hebben genoemd of indien zij de verkeerde rechtsregels hebben genoemd. Dit aloude beginsel staat thans in artikel 48 Rv. Op de nu voorgestelde plaats en binnen de nieuwe context van eraan voorafgaande, maar hiermee samenhangende artikelen 23 en 24, krijgt deze regel meer accent en reliëf.'

- 4.52 Dit geldt ook wat betreft de maatstaf voor verstekvonnissen. De archaische formulering van art. 76 Rv (oud), hiervoor 4.34 weergegeven, is gemoderniseerd tot de tekst zoals die nu in art. 139 Rv staat (de rechter wijst 'de vordering toe, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt'). Een inhoudelijke wijziging is klaarblijkelijk niet bedoeld. De memorie van toelichting verwijst eenvoudig naar art. 76 Rv (oud).¹¹¹

Tussenstand

- 4.53 Tot nu was het vooral continuïteit dat de klok sloeg. Continuïteit in de eerste plaats wat betreft

de betekenis van de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' voor de vraag in welke mate de rechter ambtshalve dwingend recht handhaaft. Uit het gebruik van de begrippen nietigheid en vernietigbaarheid volgt op zichzelf niet in welke mate de rechter ambtshalve actief behoort te zijn; in plaats daarvan moet de juiste mate van rechterlijke activiteit door uitleg van de norm worden bepaald, dus rekening houdend met de strekking van het dwingendrechtelijke voorschrift (Meijers, hiervoor 4.22). Dit ligt ook besloten in art. 3:40 lid 2 BW. Weliswaar suggereert die bepaling met betrekking tot eenzijdig dwingend recht vernietigbaarheid, maar de slottournure van de bepaling laat uitdrukkelijk ook andere mogelijkheden open. De strekking van dwingend recht om een bepaalde partij te beschermen kan meebrengen dat de rechter het dwingend recht wel degelijk ambtshalve toepast, hetzij in de zin dat tóch nietigheid intreedt (gewijzigd ontwerp van 1971 van G.E. Langemeijer, hiervoor 4.41), hetzij in de zin van een tussenfiguur van een ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid (Hartkamp, hiervoor 4.46; W. Snijders, hiervoor 4.47).

4.54 Continuïteit was er in de tweede plaats wat betreft de procesrechtelijke invalshoek van ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en de rechterlijke toets in verstekzaken. Algemeen lijkt te zijn geweest de opvatting dat dwingend recht in het algemeen ambtshalve door de rechter werd toegepast. Veelal werd een driedeling gemaakt, tussen dwingend recht van openbare orde dat door de rechter met de uiterste activiteit werd gehandhaafd, de hoofdgroep van 'gewoon' dwingend recht dat door de rechter ambtshalve werd gehandhaafd indien de door partijen ingeroepen feiten daartoe aanleiding gaven, en het uitzonderingsgeval van niet ambtshalve door de rechter toe te passen recht (Vriesendorp en anderen, hiervoor 4.29 en 4.32). Dezelfde driedeling was in verstekzaken bepalend (Ynzonides, hiervoor 4.36). De herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 januari 2002 veranderde aan een en ander niets wezenlijks (hiervoor 4.51 en 4.52).

De literatuur van de nieuwe eeuw

4.55 In de nieuwe eeuw is in de literatuur alsnog een andere wind gaan waaien. Zowel omdat zijn opvattingen exemplarisch zijn voor de door mij bedoelde 'andere wind', als omdat ik invloed van zijn opvattingen vermoed (alleen reeds vanwege zijn vele publicaties, waaronder een groot aantal NJ-noten), kies ik ervoor om eerst de auteur H.J. Snijders te bespreken. Daarbij zal spoedig ook opnieuw Hartkamp ter sprake komen, tegen wiens opvatting Snijders zich heeft afgezet. De discussie tussen Hartkamp en Snijders is mijns inziens zeer leerzaam, ook om wat beiden niet zeggen, in afwijking van Vriesendorp en zijn tijdgenoten.

4.56 Als eerste vermeld ik zijn boek 'Nederlands burgerlijk procesrecht'. De eerste druk (1993) zegt bij de bespreking van het beginsel van partijautonomie:¹¹²

'Gecomplliceerd is de regel, dat de rechter bepaalde niet aangevoerde rechtsgronden niet aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen. De rechter is in beginsel ex art. 48 Rv verplicht ambtshalve rechtsgronden aan te vullen. Die verplichting kan echter wijken daar waar het gaat om rechtsgronden, welke ter vrije beschikking van partijen staan. Is dat het geval, dan dient de rechter deze niet aan te vullen, tenzij een partij aanvulling kennelijk wenst en dat voor de wederpartij, ook duidelijk is.

De vraag is over welke rechtsgronden partijen de vrije beschikking hebben. Telkens gaat het hier om een uitleg en waardering van de rechtsregel waaraan een bepaalde rechtsgrond is ontleend. Criterium daarbij is, of men een regel al dan niet van openbare orde acht (waarover Vriesendorp, diss. nr. 109 en de daar aangehaalde literatuur en L.D. Pels Rijcken in Een goede procesorde, p. 163 e.v. i.h.b. p. 178).'

4.57 Over dwingend recht spreekt Snijders in deze passage niet met zoveel woorden. Er is maar één onderscheid dat hij maakt, namelijk tussen rechtsgronden welke ter vrije beschikking van partijen staan en recht van openbare orde. Verrassend is de verwijzing naar het proefschrift van Vriesendorp. Snijders meende kennelijk dat zijn opvatting met die van Vriesendorp in lijn was. Uit wat hiervoor 4.25 e.v. is gezegd, volgt dat dit een vergissing is.¹¹³ Wel is juist dat het gaat om een uitleg en waardering van de rechtsregel waaraan een bepaalde rechtsgrond is ontleend. Dit geldt in het bijzonder ook voor dwingend recht in verband met de slottournure van art. 3:40 lid 2 BW en haar geschiedenis (hiervoor 4.41 e.v.).

4.58 Een tweede relevante publicatie van H.J. Snijders vertrekt vanuit het materiële burgerlijk recht en beschrijft 'Maten van dwingend recht' (1999).¹¹⁴ De vraag die Snijders in zijn bijdrage zich stelt, is of dwingend recht prevaleert boven hetgeen partijen zijn overeengekomen. Volgens de Toelichting-Meijers¹¹⁵ is dit vanzelfsprekend zo, maar volgens Snijders spreekt dat helemaal niet vanzelf. Volgens hem leidt het bij de toepassing van het procesrecht te maken onderscheid tussen 'super-dwingend' en 'normaal-dwingend' recht tot een verruiming van de 'contractsvrijheid' in verband met een verschuiving in de keuze van de wetgever voor vernietigbaarheid in plaats van nietigheid:¹¹⁶

'Verruimingen van contractvrijheid ontstaan in het proces ook daar waar als sanctie vernietigbaarheid door een der partijen in plaats van ambtshalve uit te spreken nietigheid geldt. Men kan zich afvragen of de wetgever zich steeds van dit verschil in rechtsgevolgen bewust is. Zo zal volgens een in deze onweersproken memorie van antwoord de enkele omstandigheid dat een bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling bij onduidelijkheid van de bewoordingen van betrokken bepaling veelal 'een doorslaggevend argument voor vernietigbaarheid' zijn.^[117] Zo zou vaker gekozen kunnen worden voor de mogelijkheid van ambtshalve uit te spreken nietigheid, zoals bijv. in art. 7 A:1635a lid 4 BW, zij het uiteraard binnen de grenzen van hetgeen feitelijk is aangevoerd, zoals zojuist werd aangegeven. Een bedenkelijk voorbeeld vormt de procedure tot nakoming van een overeenkomst, die tegen een partij wordt ingesteld die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geestelijk gestoord was. Het ware wenselijk als de rechter hier ambtshalve nietigheid mag aannemen, daar waar hij deze in het belang van betrokkene acht. De geestelijk gestoorde die voor de kantonrechter gedaagd wordt tot nakoming van een overeenkomst en duidelijk maakt dat hij niet begrepen heeft wat hij overeenkwam, zou behoudens onkenbaarheid daarvan voor de wederpartij overeenkomstig art. 3:35 BW gered moeten kunnen worden door een ambtshalve nietigverklaring van die overeenkomst (bij de rechtbank zal hieraan, gelet op de verplichting tot procesvertegenwoordiging, minder gauw behoefte bestaan). Anders art. 3:34 lid 2, eerste zin jo 3:51 BW. Er is, hoe dan ook, geen goede grond voor de neiging om schending van eenzijdig dwingend recht zonder meer slechts met vernietigbaarheid te sanctioneren zonder de mogelijkheid van ambtshalve optreden van de rechter.'

4.59 Duidelijk zal zijn dat de in deze passage gemaakte tweedeling 'super-dwingend' respectievelijk 'normaal-dwingend' recht in lijn is met de hiervoor 4.56 besproken publicatie van Snijders uit 1993. Super-dwingend recht is klaarblijkelijk recht van openbare orde. Nieuw is dat Snijders zich in 1999 uitdrukkelijk rekenschap geeft van het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Wat hij daarover zegt, dunkt mij in meerdere opzichten verrassend. Verrassend is de suggestie dat de wetgever zich niet goed bewust was van het onderscheid tussen de sancties van nietigheid respectievelijk vernietigbaarheid. In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer op art. 3:40 BW (hiervoor 4.41) en de inleiding van de memorie van toelichting bij de Invoeringswet, zevende gedeelte (hiervoor 4.44) lees ik iets anders, namelijk dat de wetgever zich hier wel degelijk van bewust was en dat juist vanwege de wenselijkheid van ambtshalve toepassing nietigheid ook in het geval eenzijdig dwingend recht de aangewezen sanctie kan zijn. Jammer is dat H.J. Snijders niet de overgangsfiguur van een ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid bespreekt, zoals verdedigd door Hartkamp (hiervoor 4.46) en W. Snijders (hiervoor 4.47).¹¹⁸ Opvallend is dat Snijders bepleit dat in sommige gevallen de rechter een procespartij in bescherming neemt (hij noemt het geval van een overeenkomst onder invloed van geestelijke stoornis). Hetzelfde geldt voor het slot van het citaat: er is geen goede grond voor de neiging om schending van eenzijdig dwingend recht zonder meer slechts met vernietigbaarheid te sanctioneren zonder de mogelijkheid van ambtshalve optreden van de rechter. H.J. Snijders, althans H.J. Snijders uit 1993, lijkt daarmee alsnog op een vergelijkbaar spoor te zitten als de wetgever, Hartkamp en W. Snijders, maar naar het schijnt zonder dat hij zich daarvan bewust is.

4.60 Een derde relevante publicatie van H.J. Snijders is de WPNR-bijdrage uit 2008 waarin hij reageert op de Nijmeegse intreerede van Hartkamp.¹¹⁹ Voordat ik nader de opvatting van Snijders onderzoek, bespreek ik eerst die intreerede van Hartkamp.

4.61 Hartkamp zegt in zijn rede dat art. 25 Rv twee wezenlijk verschillend gearde toepassingsgevallen omvat, namelijk de beoordeling van de deugdelijkheid van de

vorderingsgrondslag en de beoordeling van de geldigheid van rechtshandelingen.¹²⁰ De vorderingsgrondslag wordt niet alleen aan de hand van dwingend recht beoordeeld; ook aanvullend recht wordt in zoverre ambtshalve toegepast:¹²¹

‘Wanneer een eiser zijn vordering op onrechtmatige daad baseert, terwijl de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten niet de toewijzing op die grond rechtvaardigen, maar wel de toewijzing op grond van wanprestatie, mag – en moet – de rechter de vordering op die laatste grond toewijzen, hoewel daarbij ongetwijfeld van regels van regeland recht sprake is.’

4.62 De ambtshalve beoordeling van de geldigheid van een rechtshandeling ziet echter per definitie op dwingend recht. Volgens Hartkamp is een ander verschil nog belangrijker:¹²²

‘In het eerste toepassingsgeval kan de rechter de hem door art. 25 gegeven opdracht alleen verwezenlijken binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Hij heeft acht te slaan op de vorderingen en verweren van partijen en op de feitelijke stellingen die zij daaraan ten grondslag hebben gelegd. Aan dat kader is hij gebonden; slechts binnen dat kader kunnen (en moeten) de rechtsgronden worden aangevuld. In het tweede geval is dat anders. Indien in het gegeven voorbeeld B nakoming eist van A op grond van de moordovereenkomst en A zijn gehoudenheid betwist op de grond dat hij reeds heeft betaald, is de rechtsstrijd op die wijze afgegrensd. De beslissing dat de overeenkomst nietig is zodat op die grond geen nakoming kan worden geëist, valt buiten de grenzen van die rechtsstrijd, maar niettemin is de rechter verplicht de vordering op die grond af te wijzen.’

4.63 Uitgaande van deze interpretatie van art. 25 Rv, volgens welke dus de geldigheid van rechtshandelingen ook ‘buiten de grenzen van de rechtsstrijd’ ambtshalve wordt beoordeeld, bespreekt Hartkamp vervolgens Europese en nationale rechtspraak, in het bijzonder de arresten *Van Schijndel*¹²³ en [...].¹²⁴ Daarbij verdedigt hij dat voor de ambtshalve beoordeling van geldigheid van rechtshandelingen niet vereist is dat het desbetreffende dwingende recht van openbare orde is.¹²⁵ Daarbij ziet Hartkamp onder ogen dat volgens de meeste procesrechtelijke literatuur voor aanvulling van rechtsgronden buiten de grenzen van de rechtsstrijd, strijd met de openbare orde wél vereist is.¹²⁶

4.64 Van deze opvatting van Hartkamp neemt H.J. Snijders in zijn WPNR-bijdrage beleefd afstand:¹²⁷

‘Ik moet afstand nemen van de opvatting van Hartkamp dat onze nationale rechter bij vragen naar de nietigheid van rechtshandelingen rechtsgronden van dwingend recht die niet van openbare orde zijn, ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou mogen aanvullen. Ik heb hier geen overtuigend argument voor gevonden en dat zou er toch wel moeten zijn bij een dergelijke differentiatie van procesrecht. Zij vindt ook geen enkele steun in de rechtspraak, behalve mogelijk, maar dan ten onrechte (...), in een terloops en ten overvloede opgenomen zinsnede van het [...]-arrest.’

4.65 Vervolgens trekt Snijders de opvatting volgens welke de openbare orde de maatstaf is voor de vraag of dwingend recht al dan niet ambtshalve wordt toegepast, door naar zijn interpretatie van onder meer de arresten *Van Schijndel* en [...], en bespreekt hij de consequenties van die opvatting voor onder meer de ambtshalve toepassing van dwingend consumentenrecht. Snijders neemt daarbij aan dat een oneerlijke exoneratieclausule in een consumentenkoopovereenkomst ambtshalve door de rechter terzijde wordt gesteld. Wel gaat hij daarbij ervan uit dat de oneerlijkheid van het beding uit de processtukken moet blijken. Dat was bij de stand van de rechtspraak in 2008 mogelijk verdedigbaar, maar is in ieder geval sinds het arrest */[...]* (2013) achterhaald: de rechter doet ook ambtshalve onderzoek naar oneerlijke bedingen, zodra hij vermoedt dat een overeenkomst onder het bereik van de richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is (hierna 5.3 onder a).

4.66 De veronderstelling van Snijders in 2008 is dus dat als uit de processtukken blijkt van de oneerlijkheid van het beding, de rechter ambtshalve ingrijpt. Net als Hartkamp ziet hij deze ambtshalve activiteit als iets dat *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt. De grondslag daarvoor is hetzij de al genoemde openbare orde, hetzij iets dat op vergelijkbare wijze activiteit buiten die grenzen gebiedt, namelijk de strekking van de desbetreffende EU-regel om effectief consumenten te beschermen:¹²⁸

'De rechtsgrond van de oneerlijkheid mag en moet de rechter (...) zo nodig buiten de rechtsstrijd van partijen aanvullen en daarbij mag hij zich baseren op alle ten processe gebleken feiten, ook op feiten die niet door de belanghebbende partij aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Dit valt aan te nemen hetzij op grond van de EU-regel dat anders de betrokken consumentenbeschermingsbepalingen onvoldoende effectief zouden zijn, hetzij omdat die bepalingen van openbare orde geacht zouden moeten worden in de zin van ons burgerlijk procesrecht ter zake van aanvulling van gronden. De eerste weg, die aan Van Schijndel valt vast te knopen, spreekt mij vooralsnog meer aan dan de tweede (waar nog geen rechtspraakwijzingen voor zijn). Beide wegen leiden in casu echter tot een zelfde resultaat.'

- 4.67 Snijders plaatst hier dus de eis van EU-recht van een voldoende effectieve consumentenbescherming op één lijn met de nationale openbare orde. Op het eerste gezicht is dat in lijn met hoe het recht zich vervolgens heeft ontwikkeld: volgens onder meer [...] [...] is wat betreft de regels met betrekking tot oneerlijke bedingen sprake van recht dat gelijkwaardig is aan de nationale regels van openbare orde.¹²⁹ Ik zal dit echter straks nuanceren (hierna 4.80).
- 4.68 Hartkamp heeft vervolgens gerepliceerd¹³⁰ en Snijders geduplicateerd.¹³¹ Daarbij hebben zij beiden in hun positie gepersisteerd.
- 4.69 Wat is van dit debat te zeggen? De oplettende lezer heeft mogelijk reeds opgemerkt dat Hartkamp met de formulering van de toetsing van de geldigheid van rechtshandelingen als iets dat, zo vaak als op de ongeldigheid ten processe geen beroep is gedaan, steeds *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt, zich verwijderde van de opvatting van Vriesendorp en zijn tijdgenoten. Wat betreft Vriesendorp is voor de begrenzing van de rechtsstrijd niet bepalend of op de ongeldigheid van de desbetreffende rechtshandeling een beroep is gedaan; in plaats daarvan zijn de vordering en het daartegen gevoerde verweer bepalend, in de zin dat de rechter aan de hand van de uit het dossier blijkende feiten zelfstandig de deugdelijkheid van de vordering en het verweer onderzoekt. Althans in gewone gevallen van nietigheid (de middengroep bij Vriesendorp, hiervoor 4.29) hield dit voor Vriesendorp en de zijnen mede in dat voor zover een vordering of verweer op een nietige rechtshandeling steunt, de rechter de nietigheid ambtshalve constateert: een nietige grondslag is niet een deugdelijke grondslag. Wat betreft de nietigheid wegens schending van een vormverzuim springt dit mogelijk het meest rechtstreeks in het oog, maar ook voor andere gronden voor nietigheid geldt dit. En hoewel vernietigbaarheden op het eerste gezicht wezenlijk anders geaard zijn, verdienen zij in verband met de wetsgeschiedenis van art. 3:40 BW (hiervoor 4.41 e.v.) en hetgeen Hartkamp en W. Snijders in het verlengde daarvan hebben betoogd (hiervoor 4.46 e.v.) veelal een vergelijkbare behandeling als gewone nietigheden, althans wat betreft de door de rechter ambtshalve te ontplooiën activiteit.
- 4.70 Wat dus volgens Vriesendorp en zijn tijdgenoten *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd viel, plaatst Hartkamp – mogelijk/waarschijnlijk onopzettelijk – *buiten* die grenzen. Daarmee kwam de kwestie in een andere sleutel te staan, om niet te zeggen: in een ongelukkig frame. Hartkamp doet alsof de toetsing van de geldigheid van rechtshandelingen een wezenlijk andere toepassing van art. 25 Rv is dan de beoordeling van de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag (ik neem die korte formulering nu even over, maar de lezer zij erop bedacht dat ook de grondslag van het verweer ambtshalve wordt beoordeeld).¹³² Voor Vriesendorp was de kwestie van de vorderingsgrondslag een medaille met twee kanten, namelijk met (1) een positieve verplichting van de rechter om eventueel rechtsgronden bij te brengen die tot toewijzing van de vordering of het verweer kunnen leiden, maar niet door respectievelijk eiser en verweerder zijn benoemd, en (2) een negatieve verplichting om de vordering af te wijzen respectievelijk een verweer te passeren, indien – uitgaande van de ten processe gebleken feiten – die vordering of dat verweer volgens het geldende recht ondeugdelijk is, waarbij onder dit laatste begrepen is het geval dat de vordering of het verweer op een nietige rechtshandeling steunt (althans wat betreft de meeste nietigheden, de middengroep van gevallen, hiervoor 4.29).
- 4.71 Let wel, ook Vriesendorp onderscheidde een categorie van gevallen waarin dwingend recht *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd wordt toegepast. De maatstaf daarbij was voor hem en zijn tijdgenoten de openbare orde. Wat in deze categorie gevallen extra plaatsvindt, is dat de rechter zich niet beperkt tot de feiten die uit het dossier (eenduidig) blijken, maar naar de juiste feiten

actief onderzoek doet (opnieuw hiervoor 4.29). De kwalificatie 'buiten de grenzen van de rechtsstrijd' ziet op dit extra's (boven wat ook binnen de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt), dus op het actieve onderzoek door de rechter ook buiten de reeds ten processe gebleken feiten (welk onderzoek hem alleen vrijstaat in geval van potentiële strijd met recht van openbare orde).

4.72 H.J. Sniijders heeft in zijn reactie op Hartkamp de grenzen van de rechtsstrijd in zoverre op traditionele wijze gedefinieerd, dat die grenzen ook volgens hem worden bepaald door de vordering en het verweer. Aansluitend op het citaat hiervoor 4.64 zegt hij namelijk:

'Probleem is wel wat dan al of niet binnen de rechtsstrijd valt. In eerste aanleg wordt die rechtsstrijd bepaald door de vorderingen of verzoeken van de proces initiërende partij en door de eventuele verweren van de wederpartij.'

4.73 Vervolgens benoemt Sniijders de inperking van de rechtsstrijd in hoger beroep door het grievenstelsel (gematigd door de positieve zijde van de devolutieve werking) en het middelenstelsel in cassatie. Dat althans in eerste aanleg de begrenzing van de rechtsstrijd door de vordering (een verzoek daaronder begrepen) en het verweer wordt bepaald, krijgt bij Sniijders helaas niet een vervolg wat betreft de nietigheid van rechtshandelingen. In deze zin gaat Sniijders uit van dezelfde opvatting van de grenzen van de rechtsstrijd als Hartkamp. Voor beiden ligt de vraag wat de rechter doet als door partijen op een nietigheid geen beroep is gedaan buiten het gebied zoals door de grenzen van de rechtsstrijd omsloten. Het verschil is 'slechts' dat volgens Hartkamp nietigheid in het algemeen ook buiten die grenzen ambtshalve wordt toegepast, zonder dat daarvoor nodig is dat de openbare orde in het geding is, terwijl volgens Sniijders voor ambtshalve toepassing dit laatste juist wel vereist is.

4.74 Ik sprak hiervoor 4.70 reeds van een ongelukkig frame. Die negatieve kwalificatie – die niet als onaardig maar wel als duidelijk is bedoeld – verdient een verantwoording.

4.75 In de eerste plaats verwijderden zowel Hartkamp als H.J. Sniijders zich van de eerder gangbare opvatting in de literatuur van wat de rechter binnen respectievelijk buiten de grenzen van de rechtsstrijd doet, zonder dat dit werd benoemd. Aannemelijk is dat het grote gezag van beiden bij het juristenpubliek ten minste mede verklaart waarom nu bijna niemand meer de ambtshalve beoordeling van nietigheden *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd plaatst. Onder Nederlandse juristen lijkt vrijwel algemeen geworden de opvatting dat als op een nietigheid ten processe geen beroep is gedaan, de rechter die nietigheid in beginsel niet toepast (conform Sniijders). Bijna steeds stelt men *meteen* de vraag of de nietigheid van openbare orde is (of gelijkwaardig aan de nationale openbare orde), dus zonder dat men zich de vraag stelt of met de gewone ambtshalve beoordeling van de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag, de nietigheid niet reeds in beeld is.

4.76 In de tweede plaats realiseert men zich kennelijk niet de consequentie die met het citaat van Hartkamp hiervoor 4.61 manifest zou moeten zijn, namelijk dat een nietigheid uit hoofde van strijd met dwingend recht aldus minder wordt gehandhaafd dan zelfs ook rechtsregels van aanvullend recht, namelijk binnen wat wél onbetwist tot de beoordeling van de vorderingsgrondslag is blijven behoren. Nog steeds is die toetsing een medaille met twee zijden, positief en negatief.¹³³ Een aanspraak uit wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) berust op een regel van aanvullend recht, althans in de meeste gevallen.¹³⁴ Niettemin past de rechter de regel van art. 6:74 BW ambtshalve toe zo vaak als de vordering op de grondslag van de vaststaande feiten *toewijsbaar is*, ook al beroept eiser zich op de regel niet en bijvoorbeeld in plaats daarvan op onrechtmatige daad.¹³⁵ De rechtsregels van art. 6:119 BW (wettelijke rente) en art. 6:119a BW (wettelijke handelsrente) zijn in het algemeen van aanvullend recht;¹³⁶ partijen mogen bijvoorbeeld een hogere rente overeenkomen, eventueel ook een rente ter hoogte van de wettelijke handelsrente in een geval waarin volgens het aanvullende recht slechts wettelijke rente verschuldigd is. Toch moet een rechter de vordering tot betaling van wettelijke handelsrente ambtshalve *afwijzen* zo vaak als een zodanig rentebeding niet is gesteld, dus ook bij gebreke van verweer.¹³⁷ Waarom? Omdat hij ambtshalve de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag beoordeelt en de bedoelde rechtsnorm voor die deugdelijkheid nu eenmaal medebepalend is. Zoals het arrest *Wiefferink/Poldanor* het zegt:

'Het hof heeft miskend dat het gehouden was te onderzoeken of een rechtsgrond bestond voor

toewijzing van de vordering tot vergoeding van de wettelijke handelsrente, ook bij gebreke van verweer van Wiefferink.’¹³⁸

Welnu, als zozeer aanvullend recht wordt gehandhaafd, is dan niet ongerijmd dat de nietigheid van een rechtshandeling die aan de vordering ten grondslag wordt gelegd in beginsel *niet* ambtshalve zou worden vastgesteld? De rechtsregel waaruit die nietigheid voortvloeit (dus het dwingende recht) bepaalt toch ook mede de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag?

- 4.77 Naar mijn stellige indruk heeft het bedoelde frame er in de derde plaats toe bijgedragen dat de aanwijzingen die in de wetsgeschiedenis van het nieuwe BW besloten liggen voor een ambtshalve toepassing van dwingend recht, ook van eenzijdig dwingend recht (hiervoor 4.38 e.v.), niet de aandacht hebben gekregen die zij verdienen. Hetzelfde geldt voor de door (dezelfde) Hartkamp en W. Sniijders gepropageerde overgangsfiguur van een ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid in het geval van eenzijdig dwingend recht (hiervoor 4.46 e.v.). Hartkamp heeft de bedoelde wetsgeschiedenis in zijn debat met Sniijders wel ter sprake gebracht,¹³⁹ maar dan als iets wat zou gaan over wat de rechter *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten doen. Dit ging H.J. Sniijders als processualist veel te ver en dat is op zichzelf begrijpelijk, omdat voor wat de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd doet, traditioneel de maatstaf van de openbare orde bepalend was en trouwens nog steeds grotendeels is.¹⁴⁰ Hoe jammer echter dat de processualist Sniijders het debat niet alsnog in het juiste spoor heeft gebracht! Dit ondanks dat hijzelf in zijn ‘Maten van dwingend recht’ (1999) terecht het gevaar benoemde dat een partij in verband met haar onwetendheid niet de met (eenzijdig) dwingend recht beoogde bescherming ontvangt (hiervoor 4.58-4.59). Dat gevaar verdwijnt, in ieder geval grotendeels,¹⁴¹ indien binnen de grenzen van de rechtsstrijd, dus bij de beoordeling van de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering en het verweer, nietigheden ambtshalve worden toegepast (met toepassing van de ten processe vaststaande feiten) en in het verlengde van de wetsgeschiedenis van het BW (overeenkomstig Hartkamp en W. Sniijders) bovendien vernietigbaarheden ten behoeve van de beschermde partij óók. Dit laatste lijkt vrijwel iedereen¹⁴² als vanzelfsprekend te reserveren voor toetsing aan Europees consumentenrecht.
- 4.78 Als ik het goed zie is in de literatuur de discrepantie tussen de sleutel waarin de discussie tussen Hartkamp en H.J. Sniijders staat en de opvatting van het gebod tot ambtshalve aanvullen van rechtsgronden volgens Vriesendorp en zijn tijdgenoten, niet opgemerkt. Wel is door Ancery¹⁴³ in twijfel getrokken of vanzelfsprekend is dat als geen van partijen een beroep doet op de nietigheid van een rechtshandeling, de kwestie van de geldigheid daarmee *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd valt (wat hij een ‘enge opvatting van de rechtsstrijd’ noemt). Aarzelend komt hij tot de opvatting dat als de rechter een overeenkomst binnen de grenzen van de rechtsstrijd ‘aantreft’ (kennelijk in de zin dat de vordering of eventueel het verweer op die overeenkomst steunt), de rechter die overeenkomst toetst op eventuele nietigheid *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd (nu volgens een ‘ruime opvatting’ van die strijd), maar dan uitsluitend op basis van door partijen expliciet aan hun vordering of verweer ten grondslag gelegde gegevens (en niet overige informatie uit het dossier).¹⁴⁴ Mijns inziens zit Ancery aldus maar gedeeltelijk op het spoor van Vriesendorp en zijn tijdgenoten, want een beperking tot expliciet aan de vordering of het verweer ten grondslag gelegde gegevens, vind ik bij dezen niet (vergelijk hiervoor 4.26).
- 4.79 Veel van de recente literatuur ziet op de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, vooral (maar niet uitsluitend) de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen, onder meer naar aanleiding van het arrest [...]/[...].¹⁴⁵ Ik benoemde reeds (hiervoor 4.67) dat dit arrest leert dat die ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen erop berust dat sprake is van recht gelijkwaardig aan de nationale regels van openbare orde. Wie de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU naslaat (waarnaar uw Raad in [...]/[...] ook verwijst¹⁴⁶), ziet dat dit klopt als een bus.¹⁴⁷ Op het eerste gezicht sluit deze kwalificatie aan bij de opvatting van H.J. Sniijders, die immers de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen met de openbare orde verbond, en daarbij ook reeds rekening hield met een daaraan gelijk te stellen categorie in verband met een effectieve bescherming van consumenten (hiervoor 4.66).
- 4.80 Bij nader inzien is het echter anders. Zoals gezegd (hiervoor 4.65) veronderstelde H.J. Sniijders in 2008 nog dat de rechter bij de toetsing van oneerlijke bedingen niet behoefde te gaan buiten

hetgeen uit de processtukken blijkt. Het vervolg van de rechtsontwikkeling, met [...] als nationaal ijkpunt, heeft duidelijk gemaakt dat het zo niet is en dat de rechter ook ambtshalve onderzoek naar de feiten moet doen, namelijk zodra hij vermoedt dat een overeenkomst onder het bereik van de richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is (hierna 5.3 onder a). Welnu, zoveel ambtshalve activiteit van de rechter benadert het hiervoor 4.12 bedoelde hoogste prototypische niveau van rechterlijke activiteit. Dat zou ook Vriesendorp in termen van openbare orde hebben benoemd en als een verplicht treden *buiten* de rechtsstrijd (vergelijk hiervoor 4.29). Zou de toetsing van oneerlijke bedingen echter niet verder gaan dan Snijders veronderstelde (dus beperkt tot hetgeen uit de processtukken blijkt), dan zou Vriesendorp dat *niet* in termen van openbare orde hebben benoemd, maar als gewone ambtshalve aanvulling van rechtsgronden *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd, want een beoordeling van de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering en het verweer.

- 4.81 Ik meen dat het niet zinvol is om ook andere moderne procesrechtelijke literatuur zo uitvoerig weer te geven en te bespreken als ik hiervoor met H.J. Snijders deed en met diens debat met Hartkamp. Een kort overzicht volstaat.
- 4.82 Veel auteurs gaan uit van twee categorieën van (nationaal¹⁴⁸) dwingend recht, namelijk dwingend recht van openbare orde en dwingend recht dat niet van openbare orde is; alleen dwingend recht van openbare orde wordt ambtshalve door de rechter toegepast. In deze zin:
- Van Schaick in de serie Asser Procesrecht: Als een 'regel van dwingend recht niet van openbare orde is, heeft de Nederlandse feitenrechter voor wie de regel niet wordt ingeroepen, niet de vrijheid om die nietigheid door ambtshalve aanvulling van rechtsgronden te constateren.'¹⁴⁹
 - Smith in zijn *Ars Aequi*-cahier: 'Bij regels van openbare orde denken we aan regels van dwingend recht. Dat is juist, met dien verstande dat niet alle dwingendrechtelijke regels van openbare orde zijn. Het onderscheid is subtiel en in abstracto niet precies te maken. Maar het is een wezenlijk onderscheid, omdat een dwingend-rechtelijke regel, zijnde niet een regel van openbare orde, door de rechter niet ambtshalve mag worden toegepast.'¹⁵⁰
 - Ahsmann in 'De weg naar het civiele vonnis', een boek dat bij de opleiding van aankomende rechters wordt gebruikt: 'Dwingend recht dat niet van openbare orde is, mag de rechter niet ambtshalve toepassen.'¹⁵¹
 - Van Mierlo in *Tekst & Commentaar bij art. 25 Rv*: 'Niet al het dwingend recht is van openbare orde. Ambtshalve toepassing van dwingend recht dat niet van openbare orde is niet toegestaan, tenzij mag worden verondersteld dat toepassing door een belanghebbende partij is gewenst.'¹⁵² (In dit laatste is eventueel enige ruimte voor nuancering te vinden.)
 - De Bruin en Smits in hun *SDU-commentaar* bespreken bij art. 25 Rv dwingend recht niet afzonderlijk. De door hen gegeven voorbeelden van toepassing van rechtsregels waarop door partijen geen beroep is gedaan, zijn echter enkel regels van openbare orde.¹⁵³
 - Meijer en Ernste: 'Regelend en gewoon-dwingend recht worden slechts ambtshalve toegepast als daarop (impliciet) een beroep wordt gedaan, ofwel als een partij dit kennelijk wenst, hetgeen voor de wederpartij uiteraard wel duidelijk moet zijn.'¹⁵⁴
 - De Loos-Wijker in *GS Vermogensrecht*: in geval van dwingend recht niet van openbare orde dient ambtshalve toepassing achterwege te blijven.¹⁵⁵
 - Van Kooten in *GS Vermogensrecht* plaatst na de (vanzelfsprekend juiste) opmerking dat dwingend recht niet steeds ook recht van openbare orde is, Hartkamp met zijn opvatting in een uitzonderingspositie ten opzichte van de 'gangbare opvatting in de procesrechtelijke literatuur', zonder nadere nuances.¹⁵⁶
- 4.83 Ik merk bij de zojuist genoemde auteurs op dat zij zich veelal beroepen op arresten van uw Raad met betrekking tot de vraag of de appelrechter dwingend recht ook *buiten de grieven om* dient toe te passen. Voor die vraag is de openbare orde uiteraard wél de maatstaf. De bedoelde auteurs onderscheiden die vraag echter ten onrechte niet van de vraag waartoe de rechter in eerste aanleg verplicht is, alsook van de vraag waartoe de appelrechter verplicht is op het terrein waar zijn rol dezelfde is als die van de rechter in eerste aanleg, namelijk op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep.¹⁵⁷

- 4.84 Het valt op dat de artikelsgewijze commentaren bij art. 139 Rv, dus wat betreft de beoordeling in verstekzaken, consequent in andere zin luiden:¹⁵⁸
- Fruytier in GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 139 Rv, aant. 9.1: de rechter is 'óók in verstekzaken verplicht om ambtshalve het recht van openbare orde en dwingend recht toe te passen'.¹⁵⁹
 - Groot en Messer-Dinnissen in hun SDU-commentaar bij art. 139 Rv: in verstekzaken is de rechter 'verplicht om ambtshalve het recht van openbare orde en dwingend recht toe te passen'.¹⁶⁰
 - Van de Hel-Koedoot in Tekst & Commentaar bij art. 139 Rv: 'De rechter dient derhalve ambtshalve te toetsen of het gevorderde niet in strijd komt met het objectieve recht (recht van openbare orde en dwingend recht dat ambtshalve moet worden toegepast...)'.¹⁶¹
- 4.85 Ik merk hierbij op dat de beoordeling in verstekzaken niet wezenlijk anders zou moeten zijn dan volgens hetgeen uit art. 24 en 25 Rv voortvloeit. Zo is in ieder geval vroeger de algemene opvatting geweest (hiervoor 4.35) en redenen waarom het nu anders zou moeten of kunnen zijn, zie ik niet.
- 4.86 Zoals reeds vermeld (hiervoor 4.32 onder d) is bij Heemskerk en Teuben in hun bewerking van Hugenholtz/Heemskerk nog steeds de oude opvatting conform Vriesendorp te vinden. Met betrekking tot art. 25 Rv: 'Regels van dwingend recht worden door de rechter ambtshalve toegepast'.¹⁶² En met betrekking tot verstekvonnissen: 'De rechter is ook in verstekzaken verplicht om recht van openbare orde en dwingend recht ambtshalve toe te passen'.¹⁶³ Aan te nemen dat steeds is bedoeld: binnen de grenzen van de rechtsstrijd.
- 4.87 Dit laatste is eventueel ook te lezen in wat Lock schrijft: ¹⁶⁴
- 'Aan regels van dwingend recht dat niet van openbare orde is en aan regels van regelend recht mag de rechter naar geldend recht alleen toetsen als daarop een beroep wordt gedaan of indien de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer voldoende ruimte biedt om de rechtsgronden in zoverre ambtshalve aan te vullen (art. 25 Rv).'
- Uit het vervolg van dezelfde publicatie blijkt echter niet dat Lock tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd ook rekent dat de rechter zo nodig ambtshalve vaststelt dat een aan de vordering of het verweer ten grondslag gelegde rechtshandeling of beding nietig is wegens strijd met dwingend recht dat niet van openbare orde is; het lijkt erop dat hij met de meeste andere moderne auteurs van het tegendeel uitgaat.¹⁶⁵ Dit wil niet zeggen dat Lock geen oog heeft voor de beschermende strekking van (veel) dwingend recht. De oplossing zoekt hij erin dat de rechter dwingend recht dat niet van openbare orde is, wel ambtshalve *ter sprake mag brengen*, teneinde zo te bevorderen dat de zaak alsnog op basis van de juiste tussen partijen toepasselijke rechtsregels kan worden beslist (vergelijk hierna 4.116).
- 4.88 Volledigheidshalve vermeld ik nog:
- Rueb c.s. in het Compendium Burgerlijk procesrecht bespreken de vraag of dwingend recht ambtshalve wordt toegepast als ik het goed zie niet in algemene zin. Wel is bij hen te lezen dat vernietiging van een rechtshandeling zich 'niet zonder meer' voor ambtshalve toepassing leent, ook als het om dwingend recht gaat.¹⁶⁶
 - Tjong Tjin Tai bespreekt in GS Burgerlijke Rechtsvordering bij art. 25 Rv wel ambtshalve toetsing aan Europees consumentenrecht,¹⁶⁷ maar niet de ambtshalve toepassing van nationaal dwingend recht.
 - Lewin acht het verwarrend dat het geval dat een betoog afstuit op een materiële regel van bepaald gewicht mede onder art. 25 Rv wordt gebracht. In plaats daarvan is volgens hem juist om te spreken van twee conflicterende rechtsplichten van de rechter, namelijk het niet ambtshalve mogen toepassen van de rechtsregel op grond van art. 24 Rv en anderzijds de verplichting om de rechtsregel vanwege zijn (materieelrechtelijke) gewicht juist wél toe te passen. Als het gewicht van de materieelrechtelijke rechtsregel het zwaarste weegt, moet de rechter ambtshalve dwingend recht toepassen, ook als dit niet van openbare orde is.¹⁶⁸

- 4.89 Ik kom nu toe aan een bespreking van recente rechtspraak van uw Raad met betrekking tot de ambtshalve toepassing van dwingend recht. Ik signaleerde reeds (hiervoor 1.4) dat de kantonrechter veronderstelt dat als de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt weggedacht, naar geldend Nederlands recht de rechter niet ambtshalve bescherming biedt tegen bedingen die met dwingend recht in strijd zijn, omdat niet sprake is van recht van openbare orde.¹⁶⁹ Dat is dus geheel in lijn met de leer van onder meer H.J. Snijders. Maar is het ook in lijn met recente rechtspraak van uw Raad?
- 4.90 Belangrijk is om op te merken dat nietigheden ook buiten het geval van dwingend recht bestaan; ook is het begrip dwingend recht niet zeer scherp omljnd. Het debat in de literatuur over de mate van rechterlijke activiteit heeft onder meer betrekking op nietigheden uit het mededingingsrecht en financieel recht. In dat verband kan men hoogstens in een oneigenlijke zin van dwingend recht spreken. Art. 6 lid 1 Mw verbiedt overeenkomsten (en daarnaast ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen) die de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan verhinderen, beperken en vervalsen. Maar dit verbod dient niet om te verzekeren dat een bepaald (positief) rechtsgevolg intreedt zoals dat volgens de wet met betrekking tot een bepaald type overeenkomsten behoort in te treden. Dwingend recht in eigenlijke zin bevat wél zo'n door de wet voorzien (positief) rechtsgevolg (dit element deelt dwingend recht met aanvullend recht), waaraan een verbod op een afwijking is *toegevoegd* (hiervoor 4.4). Uiteraard heeft de wetgever ook met het nationale kartelverbod rechtsgevolgen beoogd, maar die zijn uitsluitend negatief van aard (nakoming kan niet worden afgedwongen; en verrichte prestaties kunnen in beginsel¹⁷⁰ als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd). Ik maak dit onderscheid omdat mijns inziens min of meer vanzelfsprekend is dat dwingend recht *in eigenlijke zin* binnen de grenzen van de rechtsstrijd aan de orde dient te komen. Indien voor de vordering of het verweer een beroep wordt gedaan op een beding dat met dwingend recht in strijd is, is het onderzoek naar de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering respectievelijk het verweer onvolledig indien het dwingende recht daarbij buiten beschouwing blijft. In het geval van andere nietigheden ontbreekt deze vanzelfsprekendheid veelal.
- 4.91 Nog in een ander opzicht is een norm als die van art. 6 lid 1 Mw anders geaard dan dwingend recht in eigenlijke zin. Ik meen dat het geen toelichting behoeft dat een vordering tot nakoming van een overeenkomst waarvan de inhoud rechtstreeks inhoudt dat partijen bijvoorbeeld zich aan afgesproken prijzen zullen houden of alleen binnen een bepaald gebied goederen of diensten zullen aanbieden, een obscuur geval is. Het 'gewone' geval zal zijn dat van een vordering op grond van een overeenkomst die *indirect* de concurrentie beperkt of vervalst. Dat dit geval zich inderdaad voordoet zal zich in het algemeen niet eenvoudig laten vaststellen. De ACM heeft er diepgravende onderzoeken voor nodig en de uitkomst van die onderzoeken berusten vooral ook op een interpretatie van relevante marktgegevens; voor een zodanige interpretatie is de rechter niet geëquipeerd, althans niet zonder een onderzoek van deskundigen. Dat het weinig aantrekkelijk is om aan de civiele rechter op te dragen om ook buiten de rechtsstrijd het nationale kartelverbod te handhaven, spreekt tegen deze achtergrond vanzelf. Daarom wekt het ook weinig verwondering dat uw Raad van een zodanige opdracht niet heeft willen weten.¹⁷¹
- 4.92 Intussen houdt het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz* niet in dat voor de in art. 6 Mw voorziene nietigheid (lid 2: 'van rechtswege nietig') noodzakelijk is dat daarop door een procespartij een beroep is gedaan. In plaats daarvan zegt uw Raad:¹⁷²
- 'Art. 6 Mw bevat (...) geen recht van openbare orde dat de rechter, ook als hij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden, ambtshalve moet toepassen.'
- 4.93 Alleszins aannemelijk dunkt mij dat dit betekent dat *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd de nietigheid van art. 6 Mw wél wordt toegepast. Als dit juist is, wordt een vordering die strekt tot een verbod van andere prijzen dan tussen partijen overeengekomen of tot het aanbieden van goederen of diensten buiten het tussen partijen overeengekomen gebied, dus ambtshalve door de rechter afgewezen, eenvoudig omdat dit behoort tot de taak die hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd heeft. Aldus zou de middengroep van gevallen, zoals door Vriesendorp beschreven (hiervoor 4.29), nog steeds bestaan. In die middengroep handhaaft de rechter nietigheden bij de ambtshalve toetsing van de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag; hij doet dit slechts voor

zover de nietigheid hem uit de processtukken blijkt.¹⁷³

- 4.94 Met het voorgaande wil natuurlijk niet gezegd zijn dat een kartelverbod naar zijn aard niet van openbare orde kán zijn. Met name het EU-kartelverbod van art. 101 VWEU is dat wel.¹⁷⁴
- 4.95 De nietigheid van art. 1:125 lid 2 jo. 1:116 lid 3 Wft, met betrekking tot kort gezegd de maximale vertrekvergoeding voor bankiers, is blijkens het arrest *Rabobank* uit 2018 niet van openbare orde.¹⁷⁵ Daarom was het hof niet gehouden tot ambtshalve toepassing van de in de bepaling voorziene nietigheid van een te hoge vertrekvergoeding *buiten het door de grieven ontsloten gebied*. Opnieuw is niet sprake van dwingend recht in eigenlijke zin: de wetgever geeft aan beëindigingsovereenkomsten met bankmedewerkers niet dwingend een bepaalde inhoud. Wel is een te hoge vertrekvergoeding verboden en is een rechtshandeling in strijd met dat verbod nietig.
- 4.96 Mijns inziens volgt uit het arrest *Rabobank* niet dat de nietigheid van art. 1:125 lid 2 jo. 1:116 lid 3 Wft ook niet *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve door de rechter wordt toegepast, dus in de zin dat voor toepassing van de nietigheid nodig zou zijn dat door een procespartij op die nietigheid een beroep is gedaan.¹⁷⁶ In de zaak *Rabobank* had de rechtbank de nietigheid niet toegepast. Daartegen richtte zich in hoger beroep geen grief¹⁷⁷ en *Rabobank* deed ook anderszins in de eerste conclusiewisseling op de nietigheid geen beroep. Dáárom liet het hof de nietigheid buiten toepassing en omdat de openbare orde niet in het geding was, was dit juist.
- 4.97 Ik merk nog op dat voor wie het appelprocesrecht niet dagelijks toepast de aanduiding 'grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep' gemakkelijk verwarring wekt.¹⁷⁸ Uw Raad gebruikt in *Rabobank* (evenals bijvoorbeeld in *Trudo*¹⁷⁹) die aanduiding als synoniem voor de omvang van het hoger beroep, dus van de scheidslijn tussen het deel van de uitspraak in eerste aanleg dat in het appel is betrokken en (voor zover van toepassing) het deel van de uitspraak waarvoor dit niet geldt en dat daarom reeds in kracht van gewijsde is gegaan. Deze begrenzing is te onderscheiden van het door de grieven ontsloten gebied. Ook aan deze laatste begrenzing is de appelrechter echter gebonden, behoudens de openbare orde en wat daaraan is gelijk te stellen. We moeten ons daarom niet op het verkeerde been laten zetten door de overweging van uw Raad in het arrest *Rabobank* dat het hof niet gehouden was 'om art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft (binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel, maar) buiten het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve toe te passen'. Deze formulering impliceert niet dat ook voor een rechter in eerste aanleg de nietigheid van art. 1:125 lid 2 Wft buiten de grenzen van de rechtsstrijd ligt; het begrip 'grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep' zoals door uw Raad onder meer in *Rabobank* gebruikt, mag niet worden vereenzelvigd met het begrip grenzen van de rechtsstrijd in de zin van art. 25 Rv.¹⁸⁰
- 4.98 Als ik zeg dat uit de arresten *Gemeente Heerlen/Whizz* en *Rabobank* niet volgt dat de nietigheden van respectievelijk art. 6 Mw en art. 1:125 lid 2 Wft in verbinding met art. 1:116 lid 3 Wft niet *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd moeten worden toegepast, bedoel ik niet te ontkennen dat er ook nietigheden zijn waarop door een procespartij een beroep moet zijn gedaan. Daarvan ging reeds Vriesendorp uit (hiervoor 4.28) en het ligt voor de hand dat dit nog steeds zo is. Gelet op de algemene belangen die met de beide genoemde nietigheden worden gediend (vrije mededinging respectievelijk het tegengaan van excessieve variabele beloningen voor bankiers), meen ik echter dat het niet waarschijnlijk is dat voor déze nietigheden inderdaad geldt dat zij door de rechter niet mogen worden toegepast behalve indien een procespartij er een beroep op doet. In plaats daarvan zal het gaan om nietigheden uit de middengroep (vergelijk hiervoor 4.29) die wel degelijk ambtshalve worden toegepast, maar uitsluitend *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd (en in hoger beroep ook binnen het door de grieven ontsloten gebied).
- 4.99 Ik verleg vervolgens de blik van het sociaaleconomisch en financieel recht naar nationaal consumentenrecht. Ook daar zijn gradaties aan te wijzen in de mate van activiteit waarmee de rechter de geldigheid van rechtshandelingen toetst. Ook daar is niet steeds sprake van dwingend recht in eigenlijke zin.
- 4.100 Ik vermeld op de eerste plaats het arrest van uw Raad *Gratis mobiele telefoon II*.¹⁸¹ In dat arrest was onder meer de vraag aan de orde of de rechter de bepaling van het toenmalige art. 7A:1576 lid 2 BW ambtshalve toepast.¹⁸² Volgens die bepaling was een overeenkomst van koop op afbetaling 'niet van kracht' indien de prijs niet in de overeenkomst is bepaald. Van dwingend recht

in eigenlijke zin is geen sprake; de nietigheid (daar komt het niet van kracht zijn van de overeenkomst althans op neer) dient niet om de toepasselijkheid van bepaalde door de wetgever beoogde positieve rechtsgevolgen van een koop op afbetaling af te dwingen. In plaats daarvan is sprake van een geldigheidsvereiste voor een koop op afbetaling als zodanig: het ontbreken van een in de overeenkomst bepaalde prijs leidt ertoe dat de overeenkomst niet bindt.

4.101 Ik citeer het arrest *Gratis mobiele telefoon II*:

'3.11.1 Uit art. 7A:1576 lid 2 BW volgt dat de overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht is indien de door de koper te betalen prijs niet in de overeenkomst is bepaald. Dit betekent dat aan de overeenkomst dan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden, evenals het geval is bij een overeenkomst die nietig of vernietigd is.

Art. 7A:1576 lid 2 BW strekt ertoe het belang van de koper te beschermen (zie hiervoor in 3.5). Voorts is de koper bij de in deze procedure aan de orde zijnde 'telefoonabonnementen inclusief toestel' (zoals omschreven in rov. 3.2 van het arrest Lindorff/Statia) steeds een consument en handelt de verkoper (de aanbieder) steeds in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Gelet op een en ander dient de rechter, met het oog op een effectieve bescherming van het belang van de consument die door middel van een 'telefoonabonnement inclusief toestel' een overeenkomst van koop op afbetaling ter zake van de mobiele telefoon is aangegaan, ambtshalve te onderzoeken of aan art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan en zo nodig ambtshalve te oordelen dat de koop op afbetaling geen rechtsgevolg heeft.

3.11.2 In dit opzicht bestaat derhalve geen relevant verschil met hetgeen de rechter ingevolge de rechtspraak van het HvJEU moet doen indien sprake is van een kredietovereenkomst in de zin van Titel 2A van Boek 7 BW (zie hiervoor in 3.7.1-3.9). Daarbij verdient opmerking dat bij een telefoonabonnement inclusief toestel beide regelingen (van koop op afbetaling en van consumentenkrediet) in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn. Op dit punt kan derhalve eenzelfde benaderingswijze worden gevolgd, hetgeen de hanteerbaarheid van de onderhavige regels ten goede komt.

4.102 Wat betreft de ongeldigheid van een koop op afbetaling indien de door de koper te betalen prijs niet in de overeenkomst is bepaald, sloot uw Raad dus aan bij de mate van activiteit waarmee op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU Europees consumentenrecht wordt gehandhaafd. Die mate van activiteit benadert het geval van recht van openbare orde, maar staat daaraan toch niet geheel gelijk, omdat indien de consument zich goed geïnformeerd verzet tegen de nietigheid (of wat daarop neerkomt), de overeenkomst in stand blijft.¹⁸³

4.103 Wat betreft de vraag of nationaal consumentenrecht ambtshalve door de rechter wordt gehandhaafd, valt in de tweede plaats te wijzen op het arrest *Fa-Med* met betrekking tot art. 6:96 leden 5-7 BW.¹⁸⁴ Die bepalingen betreffen wel dwingend recht in eigenlijk zin, preciezer gezegd *eenzijdig* dwingend recht: van de regels van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten kan niet ten nadele van de consument-schuldenaar worden afgeweken (art. 6:96 lid 5 tweede volzin BW) en met betrekking tot een zodanige consument-schuldenaar geldt dat de vergoeding niet verschuldigd is dan na een zogenaamde veertiendagenbrief (art. 6:96 lid 6 BW). Ook deze laatste bepaling bevat in verband met zijn strekking eenzijdig dwingend recht: de schuldeiser kan niet bedingen dat de vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten ook zonder veertiendagenbrief verschuldigd is.

4.104 Ik citeer het arrest *Fa-Med*:

'Vraag f: de rol van de rechter in verstekzaken en in zaken op tegenspraak

3.7 Van de in art. 6:96 leden 5-7 BW en de in het Besluit gegeven regels kan niet ten nadele van de consument-schuldenaar worden afgeweken. In verstekzaken zal de rechter, gelet op art. 139 Rv, moeten beoordelen of de schuldeiser voldoende gesteld heeft voor toewijzing van de gevorderde incassokosten en of de schuldeiser overeenkomstig die regels heeft gehandeld.

Ook in zaken op tegenspraak bestaat daarvoor ruimte. De minister heeft over de rol van de

rechter het volgende opgemerkt:

“Een beding dat in strijd is met de nieuwe wettelijke regels, is vernietigbaar (vgl. art. 3:40 lid 2 BW). De consument kan het beding zelf vernietigen (...). In beginsel zal de consument zich voor de rechter moeten beroepen op de vernietigingsgrond, maar het is ook mogelijk dat de rechter het beding ambtshalve terzijde stelt.” (Kamerstukken II 2010/11, 32418, 5, p. 16)

Het strookt dan ook met de bedoeling van de wetgever de consument-schuldenaar te beschermen – door middel van het stelsel van forfaitaire vergoeding van incassokosten van art. 6:96 leden 5-7 BW en het Besluit, alsmede met de in art. 242 Rv omschreven bevoegdheid van de rechter tot ambtshalve matiging van bedongen incassokosten – dat de rechter ook in zaken op tegenspraak bevoegd is eigener beweging te onderzoeken of de schuldeiser met betrekking tot zijn aanspraak op buitengerechtigde incassokosten overeenkomstig de eisen van art. 6:96 leden 5-7 en het Besluit heeft gehandeld.’

4.105 In de eerste alinea van deze overweging valt op hoe weinig woorden uw Raad nodig heeft voor de conclusie dat de rechter in verstekzaken zal moeten beoordelen of de schuldeiser overeenkomstig de dwingendrechtelijke regels van art. 6:96 leden 5-7 BW heeft gehandeld (waaronder verzending van de veertiendagenbrief), óók als een overeenkomst een afwijking van het dwingende recht ten nadele van de consument-schuldenaar bevat. De gehoudenheid van de rechter daartoe volgt volgens de overweging eenvoudig uit de verplichting van de rechter om overeenkomstig art. 139 Rv te beoordelen of de schuldeiser voldoende voor toewijzing van zijn vordering heeft gesteld. Dit veronderstelt dat het beding dat van het dwingende recht ten nadele van de consument afwijkt en op grond waarvan de schuldeiser meende de veertiendagenbrief achterwege te kunnen laten, *niet* als een toereikende grond voor zulke toewijzing kan gelden, zonder dat daarvoor nodig is dat de consument is verschenen en nietigheid of vernietigbaarheid van het beding heeft ingeroepen. Een tussenstap volgens welke het dwingende recht van art. 6:96 leden 5-7 BW van openbare orde is of aan recht van openbare orde gelijkwaardig is, maakt uw Raad niet.¹⁸⁵

4.106 Dit veronderstelt mijns inziens dat de middengroep van Vriesendorp (vergelijk hiervoor 4.29) nog steeds bestaat. Dat de rechter ambtshalve de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag onderzoekt, impliceert mede dat hij bedingen die van het dwingende recht van art. 6:96 leden 5-7 BW ten nadele van de consument-schuldenaar afwijken, ambtshalve terzijde stelt.

4.107 Met betrekking tot zaken op tegenspraak geeft uw Raad nog een nadere motivering. Ik meen dat de verklaring daarvoor is dat de wetsgeschiedenis van art. 6:96 leden 5-7 BW omtrent zaken op tegenspraak uitdrukkelijk iets inhield dat de beslissing van uw Raad ondersteunde en daarom vermelding verdiende. Hoe dan ook, er bestaat geen goede reden waarom in zaken op tegenspraak de rechter de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag in beginsel niet zou moeten onderzoeken. Nee, het is anders, de norm van art. 139 Rv (vordering niet onrechtmatig of ongegrond) herhaalt voor verstekzaken wat reeds voor alle zaken uit art. 25 Rv voortvloeit (vergelijk hiervoor 4.34 e.v.).¹⁸⁶

4.108 Dat het geen vergissing is dat uw Raad in *Fa-Med* niet spreekt van recht van openbare orde, vindt zijn bevestiging in het arrest *Intermaris*.¹⁸⁷ Volgens dat arrest toetst de voorzieningenrechter die moet beslissen op een verzoek om een verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis niet ambtshalve of de arbiter art. 6:96 lid 6 BW (de veertiendagenbrief) op juiste wijze heeft toegepast, omdat die bepaling geen dwingend recht van openbare orde bevat. Ik citeer het arrest:

‘2.9.3 De tweede prejudiciële vraag neemt kennelijk tot uitgangspunt dat de omstandigheid dat art. 6:96 lid 6 BW in het arbitrale vonnis niet of niet juist is toegepast, ertoe leidt dat aannemelijk is dat het arbitrale vonnis of de wijze waarop het tot stand kwam in strijd is met de openbare orde. Van strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv is evenwel slechts sprake indien – voor zover thans van belang – de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. Art. 6:96 lid 6 BW kan niet worden aangemerkt als een zodanige bepaling.

Dat betekent dat de voorzieningenrechter die het verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal

vonnis beoordeelt, dit verlov niet op grond van art. 1063 lid 1 Rv in verbinding met art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv kan weigeren op de grond dat hem blijkt dat in het arbitrale vonnis art. 6:96 lid 6 BW niet of niet deugdelijk is toegepast. Het gaat hier weliswaar om consumentenbescherming, maar dat leidt niet tot een andere conclusie, nu het geen recht van openbare orde of Unierecht betreft. Het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel speelt dan ook geen rol. Het niet of niet juist toepassen van art. 6:96 lid 6 BW valt als zodanig evenmin onder een van de andere in art. 1065 lid 1 Rv geregelde gronden die ingevolge art. 1063 lid 1 Rv tot weigering van het verlov tot tenuitvoerlegging kunnen leiden. (...)’

4.109 Volgens het voorgaande valt het dwingende consumentenrecht met betrekking tot buitengerechtelijke incassokosten in de middencategorie van gevallen, waarin de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd dwingend recht (en andere nietigheden) ambtshalve handhaaft, namelijk bij de beoordeling van de deugdelijkheid van de beoordelingsgrondslag. De rol van de voorzieningenrechter in het geval van een verzoek om een verlov tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis is wezenlijk anders. Die beoordeelt niet zelf de deugdelijkheid van de beoordelingsgrondslag; in plaats daarvan is de openbare orde de toets.

4.110 Volgens het voorgaande is het een gewoon geval dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve nietigheden toepast, omdat dit mede behoort tot een toetsing van de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag. In dit verband vermeld ik nog een arrest met betrekking tot een vormvereiste, namelijk dat van art. 7A:1804 BW (oud).¹⁸⁸ Weliswaar is de zaak met toepassing van art. 81 RO afgedaan, maar dat neemt niet weg dat uit de verwerping van het cassatieberoep wel iets valt af te leiden. Twee particulieren¹⁸⁹ zijn een overeenkomst van geldlening aangegaan voor een bedrag van € 63.500 tegen een rentevergoeding van 7,8% per maand. Nadat de geldlener diverse betalingen had gedaan ter hoogte van ruimschoots het bedrag in hoofdsom,¹⁹⁰ bleef hij verder in gebreke. Tegen de vordering tot betaling van het verschuldigde restantbedrag inclusief rente van maar liefst € 613.231,27 beriep de geldlener er zich op dat sprake was van woekerrente en dat het rentebeding nietig was wegens strijd met de goede zeden. Het hof liet dit verweer onbesproken, maar deed wel iets anders. Het constateerde dat ook volgens eigen stellingen van de geldverstrekker de geldlening niet schriftelijk was aangegaan. Hieruit leidde het hof af dat het rentebeding nietig was, omdat het toenmalige art. 7A:1804 BW voorschreef dat de hoogte van de rente schriftelijk moet worden overeengekomen; in plaats daarvan was daarom slechts de wettelijke rente verschuldigd. Partijen mochten zich over een en ander uitlaten en vervolgens maakte het hof zijn oordeel definitief. In cassatie was de klacht onder meer dat het hof aldus buiten de rechtsstrijd was getreden. Uw Raad verwierp de klacht echter met toepassing van art. 81 RO. Dit is alleen te verklaren als het hof door de nietigheid vanwege schending van het vormvoorschrift van art. 7A:1804 BW toe te passen, binnen de grenzen van de rechtsstrijd is gebleven¹⁹¹ en dit past dan bij de opvatting volgens welke bij de ambtshalve toetsing van de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag ook gronden van nietigheid toepassing vinden.

4.111 De voorgaande bespreking van recente rechtspraak van uw Raad is niet volledig. Ook bijvoorbeeld de arresten [...]//Ru-Pro¹⁹² en [...]//[...]¹⁹³ zien op de vraag of de rechter ambtshalve nietigheden handhaaft. Geen van beide ziet echter op dwingend recht in eigenlijke zin en al helemaal niet op dwingend consumentenrecht.¹⁹⁴ Bovendien speelt in beide arresten de tweeconclusieregel en dus het appelprocesrecht een wezenlijke rol.¹⁹⁵ In het kader van de voorliggende zaak zijn deze arresten daarom mijns inziens niet werkelijk van belang.

Ambtshalve ter sprake brengen als alternatief in zaken op tegenspraak

4.112 Volgens het voorgaande bestaan er globaal nog steeds drie categorieën van nietigheden, juist als volgens Vriesendorp (hiervoor 4.30), namelijk nietigheden van openbare orde die ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd worden gehandhaafd, een middengroep van nietigheden die alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve worden toegepast, en ten slotte nietigheden waarop door een procespartij een beroep moet worden gedaan. Ik zeg ‘globaal’, want er zijn ook nog overgangfiguren, bijvoorbeeld in de zin van een nietigheid die weliswaar ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve wordt toegepast, maar waarvoor geldt dat de rechter terugtreedt indien blijkt dat de partij die door de nietigheid wordt beschermd, die

bescherming niet wenst. Nietigheid in verband met strijd met dwingend recht valt potentieel dezelfde geschakeerde behandeling ten deel. Dat is positief te waarderen als recht op maat, maar heeft onvermijdelijk rechtsonzekerheid als keerzijde. Niet alleen onzekerheid voor partijen, maar ook voor de rechter. Zulke onzekerheid kan eventueel gedeeltelijk worden weggenomen door vuistregels, bijvoorbeeld de vuistregel dat dwingend consumentenrecht steeds binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve door de rechter wordt toegepast. Er zullen echter altijd gevallen overblijven waarover twijfel mogelijk is en waarin de rechter dus niet zeker is over de vraag wat hem te doen staat, wel of niet ambtshalve de nietigheid toepassen.

4.113 Door verschillende auteurs is het alternatief benoemd dat de rechter een door hem signaleerde potentiële nietigheid ter zitting ter sprake brengt, zodat partijen en hun procesvertegenwoordigers zich daarover kunnen uitlaten. Het voordeel van een dergelijke aanpak is dat de onzekerheid over de juiste afgrenzing van de hiervoor bedoelde drie categorieën veel van haar betekenis verliest. Naar aanleiding van wat de rechter ter sprake heeft gebracht, zal de door de nietigheid beschermde partij immers hetzij ervoor kiezen om zich alsnog op de nietigheid te beroepen, hetzij van die bescherming juist afstand doen. Dat dit laatste mogelijk is, is althans wat betreft vernietigbaarheden vanzelfsprekend (art. 3:55 BW). Kiest de beschermde partij er wel voor om zich op de nietigheid te beroepen, dan valt de kwestie geheel binnen het partijdebat en is het vanzelfsprekend dat de rechter haar beslist. Uiteraard werkt dit alleen in zaken op tegenspraak.

4.114 Zo zegt Asser naar aanleiding van het debat tussen Snijders en Hartkamp:¹⁹⁶

'Het komt mij voor dat beiden gelijk hebben. Snijders heeft gelijk dat de opvatting van Hartkamp niet past in de huidige leer ten aanzien van de aanvulling van rechtsgronden. Die houdt in dat alleen in gevallen waarbij de rechtsgrond van openbare orde is (of van daarmee gelijk te stellen karakter, zie de vorige paragraaf), de rechter deze zal moeten toepassen, ook al treedt hij buiten de rechtsstrijd. (...)

Maar Hartkamp heeft gelijk dat het niet aangaat een absolute nietigheid die volgt uit een wetsbepaling die niet een regel van openbare orde bevat, in het proces te negeren enkel omdat die nietigheid geen onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd. De bakens zouden op dit punt verzet moeten worden. Het is naar mijn mening wel degelijk de taak van de rechter om die nietigheid aan de orde te stellen en partijen erop te wijzen dat de rechter in het licht daarvan niet verantwoord zou handelen door te doen alsof zijn neus bloedt. Op die wijze zal het gegeven zonder twijfel deel worden van het debat, ook al wordt het misschien niet expliciet overgenomen in de grondslagen van de partij die bij nietigheid baat heeft. Het is belangrijker dat de partijen ermee geconfronteerd zijn en daarover hun standpunt hebben kunnen uiten dan dat een partij de grond formeel tot de hare maakt. Dat is trouwens ook het recept indien de rechter ambtshalve buiten de rechtsstrijd rechtsgronden van openbare orde zou gaan toepassen: eerst voorleggen om partijen daarop te laten reageren.

4.115 Asser trekt deze opvatting van de taak van de rechter vervolgens ook door naar het appelprocesrecht, waarmee hij dus de tweeconclusieregel relateert: het is de taak van de appelrechter om bij te sturen als partijen vanuit de optiek van een juiste rechtstoepassing en een rechtvaardige beslissing in het geschil niet de goede keuzes hebben gemaakt.¹⁹⁷

4.116 Bij de opvatting van Asser heeft onder meer Lock zich nadrukkelijk aangesloten:¹⁹⁸

'Ik sluit mij aan bij de opvatting van Asser dat het standpunt van Hartkamp weliswaar niet lijkt te passen in de heersende leer ten aanzien van de aanvulling van rechtsgronden, maar dat wellicht (ik voeg daaraan toe: mede gelet op het hiervoor al genoemde arrest *Lindorff/Nazier*) de tijd rijp is om de bakens te verzetten. Vooral waar het gaat om materieelrechtelijke regels van dwingend recht die bedoeld zijn om partijen die in het algemeen in hun rechtsverhouding tot de wederpartij zwak staan een zekere bescherming te bieden, zouden in het kader van een effectieve rechtsbescherming die partijen ook extra waarborgen in het proces dienen te krijgen. Een dergelijke waarborg kan zijn dat de rechter waakt over de bescherming die het materiële recht hun belooft, door die regels ook buiten de aangevoerde feitelijke grondslag ambtshalve toe te passen.

Het verschil in opvatting tussen de verschillende auteurs zou kunnen worden overbrugd door

uitdrukkelijk de bevoegdheid van de rechter te erkennen om op de rechtsverhouding tussen partijen toepasselijk dwingend recht ambtshalve ter sprake te brengen. De mondelinge behandeling leent zich daarvoor bij uitstek. Het zou dan op de weg van de zittingsrechter liggen om die regels van dwingend recht die bedoeld zijn om partijen die in het algemeen in hun rechtsverhouding tot de wederpartij zwak staan een zekere bescherming te bieden op de zitting aan de orde te stellen, zodat de partij die het aangaat daarop alsnog, zonder het stellen van de juiste feitelijke grondslag daarvoor, een beroep kan doen. Inmiddels is duidelijk dat aan consumenten die bescherming tot op zekere hoogte moet worden geboden door het ten behoeve van hen geldende dwingende recht voor een groot deel gelijk te schakelen aan recht van openbare orde. Anderen, die een dergelijke bescherming misschien evenzeer nodig hebben – zoals huurders, pachters en werknemers – wordt dit evenwel onthouden. Ik heb er reeds eerder voor gepleit om uitdrukkelijk te erkennen dat de rechter de bevoegdheid heeft om ook in andere gevallen dan bij consumenten in het partijdebat in te grijpen indien sprake is van een ongelijkheid tussen partijen waarvoor compensatie geboden is. Zo kan een huurder van woonruimte die zich onbewust is van de huurbescherming die de wet hem biedt, of kan een werknemer die zich onvoldoende bewust is van de dwingendrechtelijke voorgeschreven ontslagverboden of van de eisen aan een ontslag op staande voet tijdens de mondelinge behandeling door de rechter, alsnog op het spoor van de door de wetgever beoogde rechtsbescherming worden gezet.'

4.117 Ook collega Drijber¹⁹⁹ en Hartkamp²⁰⁰ hebben zich bij de opvatting van Asser aangesloten. Vanuit een iets anders perspectief, namelijk het hybride karakter van het onderscheid tussen feit en recht, heeft ook collega De Bock meer dan eens verdedigd dat de rechter mogelijke gronden voor de vordering of het verweer ook ambtshalve ter sprake behoort te kunnen brengen.²⁰¹

4.118 In dit verband is ten slotte nog te wijzen op art. 24 lid 2 Rv volgens het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht:

'De rechter kan binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer bespreken.'

4.119 Het zal duidelijk zijn dat 'binnen de grenzen van de rechtsstrijd' hier niet kan betekenen: grondslagen waarop door partijen reeds een beroep is gedaan. Dan zou de bepaling niets toevoegen. De bedoeling van de wetgever is uitdrukkelijk om de actieve rol van de rechter te benadrukken.²⁰²

Toepassing op het eenzijdige dwingende recht van de regeling van de opdracht

4.120 Het wordt tijd om conclusies te trekken voor het eenzijdig dwingende recht van de regeling van de opdracht (art. 7:413 jo. 7:408 lid 3 BW), zoals in de voorliggende zaak van toepassing. Aannemelijk is dat de rechter ook op grond van nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht dat dwingende recht verplicht handhaaft, dat wil zeggen *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd. Die grenzen wordt bepaald door de vordering en het verweer en hetgeen partijen daaraan ten grondslag hebben gelegd. Het is een misverstand dat de omstandigheid dat niet door een procespartij een beroep op een nietigheid is gedaan, betekent dat daarmee die nietigheid zich buiten de grenzen van de rechtsstrijd bevindt. Nee, de rechter beoordeelt op grond van art. 25 Rv ambtshalve de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering respectievelijk het verweer. En zoals de rechter een vordering tot vergoeding van wettelijke handelsrente afwijst in de gevallen waarin slechts de gewone wettelijke rente verschuldigd is (vergelijk hiervoor 4.76), zo ook wijst hij een vordering af voor zover deze op een nietige rechtshandeling steunt (eventueel nadat hij partijen nader heeft gehoord, ter voorkoming van een verrassingsbeslissing).

4.121 Dit betekent dat als een kindercentrum na een opzegging betaling vordert van bijvoorbeeld een bedrag overeenkomend met de maandelijkse vergoeding over twee maanden en in dat verband zich op de met de ouder overeengekomen contractvoorwaarden beroept, de rechter zich ambtshalve de vraag stelt of het desbetreffende beding ten nadele van de consument van art. 7:411 BW afwijkt. Zo ja, dan behoort hij dat beding ter zijde te stellen. Uitgaande van nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht – dus afgezien van de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen, waarover het volgende hoofdstuk – past de rechter vervolgens in plaats van het beding het dwingende recht van art. 7:411 jo. 7:413 lid 2 BW toe. Uitgaande van wat hiervoor 3.42 is gezegd, zou dit betekenen dat toewijsbaar is een bedrag ter hoogte van de maandelijkse

vergoeding over niet meer dan één maand.

4.122 Dat sprake is van eenzijdig dwingend recht, dus dwingend recht dat uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen in de zin van art. 3:40 lid 2 BW, staat aan het voorgaande niet in de weg, ook niet als daaruit moet worden afgeleid dat het zojuist bedoelde beding 'slechts' vernietigbaar is. De keuze in gevallen van eenzijdig dwingend recht voor (in beginsel) vernietigbaarheid berust niet op de overweging dat per se op het dwingende recht een beroep moet worden gedaan (het tegendeel blijkt uit de wetsgeschiedenis, vergelijk hiervoor 4.41 e.v.). In plaats daarvan berust die keuze op andere overwegingen, namelijk dat de wederpartij geen beroep op de nietigheid behoort te kunnen doen en dat bevestiging van de rechtshandeling mogelijk moet zijn (hiervoor 4.40). Het past bij het genuanceerde stelsel van art. 3:40 lid 2 BW dat de rechter de vernietigbaarheid ten behoeve van de door het dwingende recht beschermde partij (hier de particuliere opdrachtgever) ook ambtshalve toepast. Dit vindt zo reeds plaats, niet alleen bij de toetsing van oneerlijke bedingen (hierna 5.3 onder c), maar ook bij het nationale dwingende consumentenrecht met betrekking tot buitengerechtelijke incassokosten van art. 6:96 leden 5-7 BW (hiervoor 4.104).

4.123 Mijns inziens geldt het voorgaande zowel in verstekzaken als in zaken op tegenspraak. Zou de rechter niettemin twifelen over zijn rol, dan bestaat er in zaken op tegenspraak nog het alternatief dat hij ter zitting signaleert dat (mogelijk) sprake is van strijd met dwingend recht (hiervoor 4.113 e.v.), waarna de particuliere opdrachtgever en zijn eventuele procesvertegenwoordiger een uitdrukkelijke keuze kunnen maken en de opdrachtnemer daarop kan reageren. De vraag of de nietigheid (vernietigbaarheid) ook ambtshalve door de rechter diende te worden toegepast, verliest aldus zijn belang.

5 Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

Inleiding, de verplichting tot ambtshalve toetsing en plan van behandeling

- 5.1 Naast het dwingende recht ter bescherming van de consument-opdrachtgever van art. 7:408 lid 1 en 7:411 jo. 7:413 BW zijn er de regels met betrekking tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Anders dan de regeling van de opdracht, die een zuiver nationaalrechtelijk karakter draagt, staan de bepalingen van art. 6:231 e.v. BW met betrekking tot algemene voorwaarden wat betreft consumentenovereenkomsten onder invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13)²⁰³ en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Intussen bevat titel 6.5.3 ook zuiver nationale elementen, en dat niet alleen in de zin dat diverse bepalingen van die titel (waaronder art. 6:233 aanhef en onder a BW) ook van toepassing zijn op andere overeenkomsten dan consumentenovereenkomsten. Bijvoorbeeld de zwarte en de grijze lijst van art. 6:236 en 6:237 BW berusten niet op de richtlijn. In verband met het karakter van de richtlijn (art. 8) zijn zulke nationale elementen alleszins legitiem.
- 5.2 De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en ook die van uw Raad met betrekking tot oneerlijke bedingen is veelomvattend. Die rechtspraak ziet vooral op drie thema's, namelijk (1) de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing, (2) de inhoud van de oneerlijkheidstoets en (3) het verbod op herziening van oneerlijke bedingen.
- 5.3 Wat betreft de verplichting van de rechter tot ambtshalve toetsing is de stand van het recht sinds het arrest [...] uit 2013²⁰⁴ mijns inziens nauwelijks gewijzigd. In het kader van de voorliggende zaak volstaan mijns inziens de volgende hoofdlijnen:²⁰⁵
 - a. Art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13 schrijft voor dat de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Zo vaak als dit van invloed kan zijn op de toe- of afwijzing van de vordering of het verzoek,²⁰⁶ dient de rechter die over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is, daarnaar onderzoek te doen. Dit geldt ook indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd. De rechter dient zo nodig instructiemaatregelen te nemen om de volle werking van Richtlijn 93/13 EEG te verzekeren. Dit geldt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep en ook in verstekzaken.²⁰⁷

b. De rechter dient het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen. Hij dient partijen in de gelegenheid te stellen mondeling of schriftelijk hun standpunt uiteen te zetten.²⁰⁸

c. Stelt de rechter naar aanleiding van het bedoelde onderzoek vast dat het beding inderdaad oneerlijk is, dan dient hij het beding te vernietigen,²⁰⁹ opnieuw ook zonder daarop gerichte stellingen van de consument.

d. Indien de consument, nadat hij over de gevolgen van vernietiging van een beding is voorgelicht, zich tegen zodanige vernietiging verzet, blijft vernietiging echter achterwege.²¹⁰

- 5.4 Hiervoor 4.11 e.v. onderscheidde ik drie prototypische niveaus van rechterlijke activiteit met betrekking tot dwingend recht. De Richtlijn oneerlijke bedingen ziet op bedingen in afwijking van (vooral) aanvullend recht; in zoverre is de vergelijking niet geheel zuiver. Zien we daaraan voorbij, dan geldt dat de activiteit van de rechter die volgens de zojuist bedoelde rechtspraak geboden is, neerkomt op een overgangsfiguur tussen het hoogste niveau van rechterlijke activiteit en de lager gelegen niveaus: weliswaar toetst de rechter onafhankelijk van het door partijen ingenomen standpunt en neemt hij zo nodig maatregelen van instructie (vergelijk hiervoor 4.12), maar indien de consument zich goed geïnformeerd tegen vernietiging verzet, blijft vernietiging achterwege.
- 5.5 Dat de bedingen met betrekking tot opzegging en annulering in de algemene voorwaarden van de kindercentra (zie hiervoor 3.13 e.v.) binnen het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen vallen, lijkt me niet werkelijk voor twijfel vatbaar. Een kindercentrum is een professionele partij en dus een 'verkoper' in de zin van art. 2 onder c van de richtlijn;²¹¹ de ouder is vanzelfsprekend een consument in de zin van art. 2 onder b van de richtlijn. De bedoelde bedingen bepalen niet het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst als bedoeld in art. 4 lid 2 van de richtlijn (zijn dus geen 'kernbeding'), maar roepen in plaats daarvan voor de consument een bijkomende verplichting in het leven in het geval hij de overeenkomst beëindigt.²¹² Omdat de bedingen vooraf zijn opgesteld, wordt overeenkomstig art. 3 lid 2 laatste volzin van de richtlijn verondersteld dat daarover niet afzonderlijk is onderhandeld; in het weinig voor de hand liggende geval dat een kindercentrum aanvoert dat dit in concreto anders is geweest, is het aan dit centrum om dit te bewijzen.
- 5.6 Uit een en ander volgt dat de rechter aan wie een geschil wordt voorgelegd met betrekking tot opzegging of annulering door een ouder van de overeenkomst van opdracht met een kindercentrum, ambtshalve de door het kindercentrum gehanteerde algemene voorwaarden dient te toetsen op oneerlijke bedingen en zulke bedingen ook ambtshalve dient te vernietigen. De kantonrechter is er geheel terecht vanuit gegaan dat de rechter inderdaad tot de bedoelde ambtshalve toetsing gehouden is;²¹³ de verplichting tot ambtshalve toetsing als zodanig staat in deze zaak niet ter discussie. De vierde en vijfde prejudiciële vraag zien in plaats daarvan op aspecten van de oneerlijkheidstoets respectievelijk het herzieningsverbod.
- 5.7 De vierde vraag vraagt naar de betekenis voor de oneerlijkheidstoets van de eventuele omstandigheid dat een beding in strijd is met nationaal dwingend consumentenrecht. Die kwestie is intussen algemener van aard, want ook met betrekking tot de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW laat zich de vraag stellen in hoeverre zij de vraag of een beding oneerlijk is, mede bepalen. Op een en ander wordt hierna 5.24 e.v. ingegaan. Daaraan voorafgaand zal ik kort de stand van het recht wat betreft de inhoud van de oneerlijkheidstoets samenvatten aan de hand van onder meer het arrest *Euriborhypotheken* van eind 2019²¹⁴ (hierna 5.9 e.v.).
- 5.8 De vijfde vraag vraagt of de rechter nadat hij een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk heeft aangemerkt en het beding op die grond buiten toepassing heeft gelaten, in plaats daarvan eenzijdig dwingend recht mag toepassen, in het bijzonder art. 7:411 BW. De achtergrond van de vraag is het verbod op herziening van oneerlijke bedingen. Een en ander wordt hierna 5.58 e.v. besproken. Voorafgaand vat ik de stand van het recht met betrekking tot het herzieningsverbod samen, waarbij ook recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU onze aandacht vraagt (hierna 5.50 e.v.).

De inhoud van de oneerlijkheidstoets: de stand van het recht in hoofdlijnen

- 5.9 Sinds het arrest *Euriborhypotheken* is de stand van het recht wat betreft de inhoud van de oneerlijkheidstoets mijns inziens niet wezenlijk gewijzigd. Aan dat arrest kunnen daarom eenvoudig de volgende hoofdlijnen worden ontleend:

e. Volgens art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

f. Overeenkomstig art. 4 lid 1 van de richtlijn worden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking genomen, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bepalend zijn alle omstandigheden waarvan de wederpartij van de consument op het moment van het sluiten van de overeenkomst kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst; een contractueel beding kan namelijk ook een verstoring van het evenwicht tussen de contractspartijen in zich dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert.²¹⁵

g. Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding moet worden nagegaan wat het cumulatieve effect is van alle bedingen van de betrokken overeenkomst.²¹⁶

h. Het Hof van Justitie van de EU laat het aan de nationale rechter over om in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval te onderzoeken of een specifiek beding oneerlijk is als in Richtlijn 93/13 bedoeld.²¹⁷

i. Naar Nederlands recht vindt dit onderzoek plaats in het kader van art. 6:233 aanhef en onder a BW. Volgens die bepaling is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.²¹⁸

j. Om te bepalen of een beding een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke uit het geldende nationale recht voortvloeit. Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan al volgen uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien.²¹⁹

k. Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een aanzienlijke verstoring van het evenwicht 'in strijd met de goede trouw' wordt veroorzaakt, dient de nationale rechter na te gaan of de verkoper redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.²²⁰

l. De Richtlijn oneerlijke bedingen kent een Bijlage met een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn 93/13). Dat een beding voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13, leidt niet automatisch en op zichzelf tot de conclusie dat een beding een oneerlijk karakter heeft, maar is wel een wezenlijk aspect.²²¹ Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 van de richtlijn. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval.²²²

m. Een gebrek aan transparantie van het beding, in strijd met het transparantievereiste van art. 5 Richtlijn 93/13 en art. 6:238 lid 2 BW, is een omstandigheid die moet meewegen bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding. Het enkele gebrek aan transparantie van een beding kan

leiden tot het oordeel dat het beding oneerlijk is.²²³

n. Met onder meer²²⁴ het transparantievereiste is onverenigbaar dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit laat onverlet dat, indien een beding niet oneerlijk is bevonden, bij de toepassing ervan zo nodig kan worden onderzocht of het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is;²²⁵ in dit verband mogen, anders dan bij de toets op oneerlijkheid (hiervoor onder f), omstandigheden die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, worden meegewogen, waaronder de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.²²⁶

5.10 Naar aanleiding van het arrest *Dexia Nederland* van het Hof van Justitie van de EU valt aan de hoofdlijn onder j nog toe te voegen:²²⁷

j.bis In dit verband dient te worden gelet op de omstandigheden rond de sluiting van de betrokken overeenkomst en moet worden uitgegaan van de datum van die sluiting. Ter beoordeling staat of, uitgaande van die omstandigheden en die datum, het beding gedurende de uitvoering van die overeenkomst het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen aanzienlijk kan verstoren, ook al zou deze verstoring alleen onder bepaalde omstandigheden tot uiting kunnen komen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consument.

Toepassing op de bedingen met betrekking tot opzegging en annulering van de kindercentra

5.11 Wat volgt nu uit een en ander voor de oneerlijkheidstoetsing van de hiervoor 3.13 e.v. bedoelde bedingen in de algemene voorwaarden van de kindercentra met betrekking tot opzegging? Voor zover die bedingen een opzegtermijn van niet meer dan een maand inhouden, plaatsen ze de consument mijns inziens niet in een ongunstiger positie dan die welke uit het geldende Nederlandse recht voortvloeit. Volgens het wettelijke regime van art. 7:411 BW kan opzegging leiden tot de verschuldigdheid van het volle loon, in een geval als hier aan de orde het volle loon over een in redelijkheid te bepalen periode. Tegen de achtergrond van de verregaande regulering van de kinderopvang en het voorzienbare gevolg van die regulering, namelijk dat een onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst meestal niet tot lagere kosten voor het kindercentrum leidt, onder meer in verband met de onmogelijkheid voor het centrum om een voorzichtig beleid bij het aannemen van personeel te voeren, valt aan te nemen dat inderdaad de opzeggende consument ook volgens de wet een vergoeding verschuldigd is. Volgens aanknopingspunten in de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW (zoals die sinds de initiatiefwet Crone en Van Dam luiden) is die vergoeding te stellen op het loon over een periode van één maand. Aldus is een beding dat aan opzegging door de consument een opzegtermijn van een maand verbindt, niet ongunstiger dan het wettelijke regime. Zo'n opzegtermijn is in een niet onbelangrijk opzicht voor de consument zelfs juist gunstiger, namelijk in de zin dat hij na de opzegging nog gedurende de maand opzegtermijn het kind naar de opvang kan brengen, indien hij dat wenst. Vergelijk hiervoor hoofdstuk 3 en in het bijzonder 3.26, 3.35 en 3.41.

5.12 Wat betreft de bedingen die zien op annulering geldt iets vergelijkbaars. Annulering is te beschouwen als een opzegging van de overeenkomst voordat de opvang van het kind feitelijk een aanvang heeft genomen. Ook annulering leidt ertoe dat de overeenkomst voortijdig eindigt in de zin van art. 7:411 BW. Aannemelijk is dat de consument op grond van die bepaling in geval van annulering een vergoeding verschuldigd is ter hoogte van het volle loon over maximaal een maand. *Maximaal* in de zin dat in het geval van een annulering meer dan een maand vóór aanvang van de opvang, het te vergoeden loon lager is en dat geen loon verschuldigd is indien de annulering tenminste twee maanden vóór aanvang plaatsvindt. In geval van zo'n vroege annulering kan het kindercentrum wel aanspraak maken op een vergoeding van onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht die niet in het loon zijn begrepen als bedoeld in art. 7:406 lid 1 BW, met name in verband met de inschrijving van het kind en het opstellen van het contract. Vergelijk hiervoor 3.22, 3.43 en 3.44. Voor zover een beding met betrekking tot annulering niet verder gaat dan dit, plaatst het de consument dus niet in een ongunstiger positie dan die welke uit het geldende Nederlandse recht voortvloeit.

5.13 Ik versta de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU aldus dat bedingen die de consument

niet in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke uit het geldende nationale recht voortvloeit, niet als oneerlijk zijn te beschouwen, behoudens het geval dat het beding een zodanig gebrek aan transparantie vertoont, dat reeds dit het oordeel rechtvaardigt dat het beding oneerlijk is (vergelijk hiervoor 5.9 onder j en m). De bedingen in de voorwaarden zoals onder meer gehanteerd door de vijftien kinderopvangorganisaties met het grootste aantal kindplaatsen (zie hiervoor 3.13, 3.14, 3.17 en 3.18), dunken mij niet aan een zodanig gebrek aan transparantie te lijden. Hiervan uitgaande is mijn voorlopige conclusie dat in de praktijk van de kindercentra oneerlijke bedingen met betrekking tot opzegging respectievelijk annulering gelukkig uitzondering zijn.

5.14 Bij het voorgaande behoren twee nuances te worden benoemd.

5.15 In de eerste plaats zal het zich kunnen voordoen dat de door de opzegging respectievelijk annulering opengevallen kindplaats zeer spoedig door het kindercentrum blijkt te kunnen worden opgevuld. Volgens wat ik hiervoor 3.45 e.v. verdedigde, is dit voordeel voor het kindercentrum niet te beschouwen als een besparing in de zin van de tweede volzin van art. 7:411 lid 2 BW. Wie daar anders over denkt en meent dat wel sprake is van een besparing die op het te vergoeden loon (over één maand) in mindering moet worden gebracht, staat vervolgens bij de oneerlijkheidstoets voor de vraag of de omstandigheid dat bedingen omtrent opzegging en annulering niet voorzien in een zodanige verrekening, om die reden als oneerlijk zijn te beschouwen.

5.16 Allerm minst ondenkbaar lijkt me dat dit dan zo is. De *mogelijkheid* dat de opengevallen plaats zeer spoedig door een ander kind kan worden opgevuld, is een omstandigheid die reeds op het moment waarop de overeenkomst werd gesloten, voor het kindercentrum kenbaar was (vergelijk hiervoor 5.9 onder f). Het beding dat niet in de verrekening van het eventueel voor het kindercentrum optredende voordeel voorziet, plaatst de consument in een juridisch minder gunstige positie dan die welke uit de wettelijke regeling van de opdracht voortvloeit (hiervoor 5.9 onder j). Vervolgens is de vraag of we die aantasting van de rechten van de consument als voldoende ernstig kwalificeren (nogmaals hiervoor 5.9 onder j) en wat de fictieve-onderhandelingstoets ons zegt (hiervoor 5.9 onder k). Aldus verloopt de beoordeling op maat. De vraag of zo'n beoordeling op maat achterwege kan blijven in verband met strijd met het eenzijdige dwingende recht van de wettelijke regels met betrekking tot opdracht, dus in de zin dat daaruit op zichzelf reeds volgt dat het beding oneerlijk is, komt hierna 5.42 e.v. aan de orde.

5.17 Maar zoals gezegd: mijns inziens is het voordeel voor een kindercentrum dat de door de opzegging respectievelijk annulering opengevallen kindplaats zeer spoedig blijkt te kunnen worden opgevuld, niet een besparing in de zin van de tweede volzin van art. 7:411 lid 2 BW. Daarvan uitgaande plaatsen bedingen omtrent opzegging en annulering die niet voorzien in een verrekening van die besparing met de door de consument verschuldigde vergoeding, de consument niet in een juridisch minder gunstige positie en zijn die bedingen niet om die reden oneerlijk.

5.18 Een tweede nuancering hangt samen met wat hiervoor 3.50 e.v. is gezegd over de mogelijkheid dat de ouder voor de opzegging (annulering daaronder begrepen) bijzondere gronden heeft, in verband waarmee het voortijdige einde van de opdracht niet aan de ouder (de opdrachtgever) is toe te rekenen in de zin van art. 7:411 lid 2 BW. Volgens de wettelijke regeling van de opdracht is de ouder dan geen vergoeding verschuldigd.

5.19 Althans de voorwaarden zoals gehanteerd door de vijftien kinderopvangorganisaties met het grootste aantal kindplaatsen formuleren niet uitdrukkelijk een uitzondering voor het geval van opzegging op bijzondere gronden (zie hiervoor 3.13, 3.14, 3.17 en 3.18). Zoals hiervoor 3.53 reeds aangestipt, is in het algemeen een uitleg op zijn plaats volgens welke de desbetreffende bedingen van de kindercentra niet zien op het geval dat de consument (de ouder) voor de opzegging (annulering daaronder begrepen) bijzondere gronden heeft, waaronder het geval van feiten en omstandigheden die aan het kindercentrum zijn toe te rekenen en die begrijpelijk maken dat de ouder het kind per direct niet langer aan de zorg van het kindercentrum wenst toe te vertrouwen. Volgens art. 6:238 lid 2 tweede volzin BW prevaleert bij twijfel over de betekenis van een beding, in het geval van consumentenovereenkomsten immers de voor de wederpartij gunstigste uitleg. Gaan we inderdaad uit van de uitleg volgens welke de desbetreffende bedingen

van de kindercentra niet zien op het geval dat de consument voor de opzegging bijzondere gronden heeft, dan laten de bedoelde bedingen onverlet het recht van de consument om de overeenkomst op grond van bijzondere omstandigheid zonder vergoeding te beëindigen; de bedingen plaatsen de consument dus niet in een juridisch minder gunstige positie dan die welke uit de wettelijke regeling van de opdracht voortvloeit (hiervoor 5.9 onder j).

- 5.20 Daarmee is het pleit nog niet beslecht, want vervolgens moet de vraag worden gesteld of het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding dat in geval van bijzondere gronden voor de opzegging geen vergoeding verschuldigd is, niet een gebrek aan transparantie oplevert (hiervoor 5.9 onder m). Ik meen dat die vraag ontkennend behoort te worden beantwoord. Opzegging en annulering in verband met gewijzigde omstandigheden in de persoonlijke sfeer van het kind, de ouders en hun gezin, zijn mijns inziens in de praktijk het gewone geval. De gemiddelde consument die bedingen met betrekking tot opzegging en annulering leest, zal de bedingen op dat gewone geval betrekken. Hier komt nog bij dat het geval dat in verband met bijzondere gronden voor opzegging of annulering het einde van de overeenkomst niet aan de consument is toe te rekenen, niet gemakkelijk scherp kan worden omschreven. Het valt daarom te betwijfelen of een redactie van de voorwaarden die het bedoelde geval wel benoemt, de consument meer duidelijkheid zal kunnen bieden.
- 5.21 Zoals hiervoor 3.53 (slot) reeds kort aangeduid: in concreto kan het anders zijn, bijvoorbeeld wanneer een beding zegt dat de opdrachtgever de in het beding omschreven vergoeding 'steeds' of 'onder alle omstandigheden' verschuldigd is. Een beding met een dergelijke formulering zal mijns inziens in het algemeen wel zo moeten worden uitgelegd dat het mede ziet op een opzegging of annulering op grond van bijzondere gronden. Hiervan uitgaande plaatst een dergelijk beding de consument in een juridisch minder gunstige positie dan die welke uit de wettelijke regeling van de opdracht voortvloeit, en ik heb er weinig twijfel over dat dit een voldoende ernstige aantasting van de rechten van de consument oplevert om te kunnen spreken van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen (hiervoor 5.9 onder j). Indien zich feiten en omstandigheden voordoen die aan het kindercentrum zijn toe te rekenen en die begrijpelijk maken dat de ouder het kind per direct niet langer aan de zorg van het kindercentrum wenst toe te vertrouwen, behoort de consument (de ouder) niet door een financiële prikkel ervan te worden weerhouden om te doen wat in het belang van het kind is. Op dezelfde grond is ook niet aan te nemen dat het beding zou zijn aanvaard indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk over was onderhandeld (hiervoor 5.9 onder k). Kortom, ik meen dat bedingen die de consument ook in het geval van een opzegging of annulering op bijzondere gronden tot het betalen van een vergoeding verplichten, oneerlijk zijn.
- 5.22 Hoewel volgens het voorgaande de meeste kindercentra geen algemene voorwaarden hanteren die de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke uit de wettelijke regeling van de opdracht voortvloeit, zijn er óók kindercentra die dit wel doen, bijvoorbeeld door in hun voorwaarden de opzegtermijn te bepalen op tweede maanden, al dan niet in combinatie met de bepaling dat de opzegging tegen een bepaalde kalenderdag (bijvoorbeeld de eerste van de maand) moet plaatsvinden. Vergelijk hiervoor 3.16.
- 5.23 Langs welke lijnen is nu te bepalen of dergelijke bedingen oneerlijk zijn? Zijn dit de lijnen van een beoordeling op maat volgens de rechtspraak van vooral het Hof van Justitie van de EU, zoals hiervoor 5.9 en 5.10 in hoofdlijnen weergegeven? Dat lijkt misschien vanzelfsprekend, maar is het toch niet. Volgens wat in hoofdstuk 5 is gezegd, is een opzegtermijn langer dan één maand in het algemeen in strijd met het eenzijdige dwingende recht van de Nederlandse wettelijke regeling van de opdracht. De kantonrechter legt ons alleszins terecht de vraag voor of dit binnen de nationale rechtsorde niet ook de oneerlijkheidstoets mede mag bepalen, in de zin dat een beding in algemene voorwaarden dat ten nadele van de consument afwijkt van een dwingende bepaling van Nederlands recht die strekt ter bescherming van consumenten, altijd (of in beginsel) oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Een vergelijkbare vraag doet zich met betrekking tot de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW voor. Ook die lijsten betreffen nationaal consumentenrecht. Beslist de omstandigheid dat een beding op de zwarte lijst staat de oneerlijkheidstoets, dus zonder dat nog een beoordeling op maat nodig is? En als een beding

onder de grijze lijst valt, mag de rechter dan een beoordeling op maat *voorlopig* achterwege laten, dat wil zeggen behoudens door de gebruiker van het beding te stellen en zo nodig te bewijzen feiten en omstandigheden die het beding alsnog als niet-oneerlijk kunnen rechtvaardigen?²²⁸ Reden om ook de zwarte en de grijze lijsten in onze beschouwingen te betrekken, is er niet alleen vanwege de vergelijkbaarheid met de kwestie van het eenzijdige dwingende recht van de regeling van de opdracht. Hiervoor 3.41 nam ik aan dat het beding dat een langere opzegtermijn dan één maand bevat, onder art. 6:237 aanhef en onder o BW valt, dus de grijze lijst. En een beding volgens welke de opzegging tegen een bepaalde kalenderdag (bijvoorbeeld de eerste van de maand) moet plaatsvinden, valt onder art. 6:236 aanhef en onder r BW, dus de zwarte lijst. Vergelijk hiervoor 3.19 en voetnoot 26. Ook in de context van de algemene voorwaarden van kindercentra doet zich dus de vraag voor in hoeverre de zwarte en grijze lijst mede de oneerlijkheidstoets bepalen.

In hoeverre bepaalt nationaal consumentenrecht mede de oneerlijkheidstoets? (1): het belang van de vraag

- 5.24 De vraag is dus in hoeverre nationaal dwingend recht ter bescherming van consumenten, respectievelijk de zwarte en grijze lijsten in de wettelijke regeling van algemene voorwaarden de oneerlijkheidstoets mede bepalen. Wat is die vraag eigenlijk waard? Welk verschil maakt het of een beding zonder een concrete oneerlijkheidstoets alleen in strijd is met eenzijdig dwingend recht, respectievelijk alleen onredelijk bezwarend?
- 5.25 Dat verschil kan in de eerste plaats gelegen zijn in de mate van rechterlijke activiteit. Volgens wat ik in hoofdstuk 4 verdedigde, past de rechter eenzijdig dwingend recht ter bescherming van de consument *binnen de grenzen van de rechtsstrijd* ambtshalve toe en vernietigt hij zo nodig ambtshalve bedingen die met dat dwingende recht in strijd zijn. De toetsing van oneerlijke bedingen gaat een stap verder, want daarbij beperkt de rechter zich niet tot wat uit het dossier volgt en neemt hij zo nodig ambtshalve maatregelen van instructie.²²⁹
- 5.26 Er is mogelijk nog een tweede verschil. Met betrekking tot dwingend recht is het uitgangspunt dat vernietiging ertoe leidt dat de rechtsgevolgen intreden zoals in de wet voorzien. Dat is mogelijk anders met betrekking tot oneerlijke bedingen, omdat het Hof van Justitie van de EU het herzieningsverbod zo ruim uitlegt, dat het ook aan de toepassing van aanvullend recht in de weg staat (hierna 5.52). Of dit ook geldt voor de toepassing van eenzijdig dwingend recht is weliswaar niet onomstreden, maar mijns inziens pleiten er sterke argumenten om dat aan te nemen (zie hierna 5.67 e.v.). Met betrekking tot de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW geldt iets vergelijkbaars. Als we die opvatten als een zuiver nationale regeling, geldt het herzieningsverbod niet voor bedingen die onredelijk bezwarend zijn op de enkele grond dat zij vallen binnen het bereik van de zwarte en grijze lijst, zolang niet met een nadere concrete toets is vastgesteld dat de bedingen ook oneerlijk zijn in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen.
- 5.27 Wie op deze plaats verzucht dat dit alles wel verschrikkelijk ingewikkeld en subtiel is, geef ik van harte gelijk. Aan die mijns inziens alleszins terechte verzuchting verbind ik voor mijzelf de opdracht om hierna een interpretatie van het nationale recht na te streven, die *niet onnodig* ingewikkeld en subtiel is. Het samenspel tussen nationaal en Europees consumentenrecht levert ons diverse hersenkrakers op. De uitdaging van zulke hersenkrakers ga ik aan met liefde voor het vak. Maar dat mag niet doen vergeten dat de hanteerbaarheid van het recht een belangrijke waarde is, zowel in het belang van de kenbaarheid van het recht voor rechtzoekenden als in het belang van de rechtspraak in feitelijke aanleg, waar voor de beoordeling van een zaak nu eenmaal aanzienlijk minder tijd is dan in cassatie of in een prejudiciële procedure. Indien zonder schade aan wezenlijke waarden van het recht, subtiliteiten kunnen worden opgeruimd, behoort dat mijns inziens te gebeuren.

In hoeverre bepaalt nationaal consumentenrecht mede de oneerlijkheidstoets? (2): de zwarte en grijze lijst

- 5.28 Ik begin met de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW. Deze lijsten betreffen een nationaalrechtelijke regeling zonder Unierechtelijke achtergrond. Een verplichting tot ambtshalve toetsing aan de zwarte en grijze lijst volgt daarom niet uit de Richtlijn oneerlijke bedingen of de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.²³⁰ Niettemin meen ik dat er veel is te zeggen voor

de opvatting volgens welke binnen de Nederlandse rechtsorde de vraag of een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is, mede door de inhoud van de grijze en zwarte lijst wordt bepaald. Dat is niet in strijd met wat ik zojuist zei, namelijk dat het niet uit de richtlijn volgt of uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Volgens art. 8 van de richtlijn kunnen, ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument, de lidstaten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Verdrag.²³¹

5.29 Voor de opvatting volgens welke de zwarte en grijze lijst de vraag of een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is, mede bepalen, pleit dat, zoals uw Raad in het arrest *Euriborhypotheken* ook uitdrukkelijk zegt,²³² de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen binnen de Nederlandse rechtsorde verloopt via de nationale norm van onredelijkbezwarendheid van art. 6:233 onder a BW. Welnu, volgens de aanhef van art. 6:236 BW wordt bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (kort gezegd, bij consumentenovereenkomsten²³³), een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat onder de zwarte lijst valt 'als onredelijk bezwarend aangemerkt'. En volgens de aanhef van de grijze lijst van art. 6:237 BW wordt een beding in algemene voorwaarden als op die lijst bedoeld bij eveneens consumentenovereenkomsten 'vermoed onredelijk bezwarend te zijn'.

5.30 Als we zouden aannemen dat de zwarte en grijze lijst de vraag of een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is, *niet* mede bepalen, komt dat er dus op neer dat, hoewel de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen binnen de Nederlandse rechtsorde verloopt via de nationale norm van onredelijkbezwarendheid van art. 6:233 onder a BW, dit niet geldt voor zover de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW aan die norm invulling geven. Anders gezegd, de consequentie van die opvatting is dat er twee categorieën van onredelijk bezwarende bedingen zijn, namelijk bedingen die op grond van art. 6:233 onder a BW onredelijk bezwarend zijn en daarmee ook oneerlijk, en bedingen die weliswaar onredelijk bezwarend zijn, namelijk op grond van de zwarte of grijze lijst, maar daarmee nog niet noodzakelijk oneerlijk.²³⁴ Mijns inziens is een zodanige opvatting onnodig subtiel, zo niet hopeloos complicerend. Die opvatting behoort daarom te worden vermeden. In verband met het minimumkarakter van de richtlijn kan dat ook.

5.31 De verhouding tussen de zwarte lijst en de oneerlijkheidstoetsing was eerder aan de orde in de zaak *Intermaris*,²³⁵ namelijk wat betreft de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder n BW, volgens welke arbitragebedingen zonder de mogelijkheid voor de consument van een optout binnen een maand als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Wat betreft de door de voorzieningenrechter aan te leggen toets, heeft uw Raad als volgt overwogen:

'2.8.4 Gelet op hetgeen hiervoor in 2.8.2 is overwogen, dient de voorzieningenrechter die beslist op een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, met het oog op een effectieve bescherming van het belang van de consument tegen wie een in de algemene voorwaarden opgenomen beding wordt ingeroepen dat voorziet in beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, ambtshalve te onderzoeken of aannemelijk is dat sprake is van een beding dat op grond van art. 6:236, aanhef en onder n, BW onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Een marginale beoordeling door de voorzieningenrechter volstaat hierbij niet en de voorzieningenrechter kan niet louter afgaan op hetgeen hierover in het arbitrale vonnis is vermeld.

Indien naar het oordeel van de voorzieningenrechter aannemelijk is dat het arbitrale beding onredelijk bezwarend is, dient de voorzieningenrechter, zo nodig ambtshalve, het verlof te weigeren op grond van art. 1063 lid 1 Rv in verbinding met art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv tenzij de consument zich daartegen verzet.

(...)

5.32 Hier valt op dat uw Raad voor de gevolgtrekking dat de voorzieningenrechter ambtshalve aan de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder n BW moet toetsen, een nadere motivering geeft in verband met de strekking van die bepaling, namelijk bescherming van de consument tegen een beding dat hem, kort gezegd, van de overheidsrechter afhoudt. Anders dan in de overweging wel

wordt gelezen, volgt uit haar mijns inziens niet dat uw Raad op het spoor zit dat voor ieder type beding zoals op de zwarte (of grijze) lijst vermeld, afzonderlijk moet worden beoordeeld of ambtshalve toetsing behoort plaats te vinden.²³⁶ De sleutel dunkt mij te zijn dat de voorzieningenrechter het verzochte verlot tot tenuitvoerlegging eerst weigert indien, voor zover in dit verband van belang, van *strijd met de openbare orde* sprake is (art. 1065 lid 1 aanhef en onder e Rv). Die bijzondere maatstaf veronderstelt, zoals het arrest *Intermaris* ook zegt,²³⁷ dat de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.

5.33 Dat het arrest *Intermaris* inderdaad in deze zin moet worden begrepen, wordt mijns inziens bevestigd door de wijze waarop de overwegingen onder 2.8.2 en 2.8.3 zijn geformuleerd. Die overwegingen zijn een inleiding op de hiervoor aangehaalde overweging omtrent de ambtshalve toetsing door de voorzieningenrechter. In die inleiding komt eerst de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder n BW aan de orde en vervolgens de *door de arbiter* te verrichten ambtshalve toetsing:

'2.8.2 Art. 6:236, aanhef en onder n, BW is een nationaalrechtelijke bepaling zonder Unierechtelijke achtergrond. Bij gelegenheid van de modernisering van de regeling van arbitrage is het arbitrale beding aan de zogenoemde zwarte lijst van art. 6:236 BW toegevoegd. De thans geldende tekst van de bepaling is op 1 januari 2015 in werking getreden en stelt buiten twijfel dat de consument, die doorgaans een zwakkere positie heeft ten opzichte van de gebruiker, niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden (art. 17 Grondwet). Het geschil kan dus niet tegen de wil van de consument aan arbitrage worden onderworpen.

De arbiter dient ambtshalve te beoordelen of een arbitraal beding onredelijk bezwarend is. Als de gebruiker en de consument bij afzonderlijke overeenkomst besluiten om hun geschil door arbitrage te beslechten, mag ervan worden uitgegaan dat de consument welbewust voor arbitrage kiest.

2.8.3 Ingevolge art. 6:236, aanhef en onder n, BW wordt een beding in de algemene voorwaarden, horend bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een consument, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Dit is alleen anders als het beding de consument een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens hem op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

Art. 6:236 BW strekt ertoe de consument te beschermen tegen het gebruik van een beding dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Dat brengt mee dat een arbitraal beding waarin niet de in art. 6:236, aanhef en onder n, BW bedoelde termijn van ten minste een maand is opgenomen, onredelijk bezwarend is. Daaraan kan niet afdoen dat de consument die termijn feitelijk wel heeft gehad.'

5.34 Men lette op het verschil in formulering van de verplichting tot ambtshalve toetsing door de arbiter met die van de verplichting tot ambtshalve toetsing door de voorzieningenrechter. Weliswaar wordt in de eerste alinea van de overweging onder 2.8.2 de strekking van de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder n BW aangeduid (namelijk te voorkomen dat de consument tegen zijn wil van de overheidsrechter wordt afgehouden), maar dat neemt niet weg dat in de volgende alinea de verplichting tot ambtshalve toetsing door de arbiter categorisch wordt geformuleerd, in de zin dat de arbiter ambtshalve dient te beoordelen of een arbitraal beding *onredelijk bezwarend is*. In die sleutel komt vervolgens de bepaling van art. 6:236 aanhef en onder n BW aan de orde, en nu zonder een aanduiding van de bijzondere strekking van die bepaling. In plaats daarvan wordt eenvoudig vermeld dat een beding als in die bepaling bedoeld als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt (overweging onder 2.8.3, eerste alinea).

5.35 Sterker nog is de aanwijzing die besloten ligt in het vervolg (onder 2.8.3, tweede alinea). Daar wordt vooropgesteld dat de strekking van art. 6:236 BW is om de consument te beschermen tegen het gebruik van een beding dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Dit betreft dus de zwarte lijst *als geheel* (en niet slechts de bijzondere bepaling onder n). Ik meen dat hierin moet worden gelezen dat de verplichting tot ambtshalve toetsing van de arbiter ziet op alle bepalingen

van de zwarte lijst van art. 6:236 BW, ook al was in de zaak *Intermaris* alleen de bepaling onder n aan de orde.

5.36 Het zal duidelijk zijn dat de positie van de overheidsrechter in zijn gewone rol overeenkomt met die van de arbiter. De overheidsrechter in die gewone rol (waarin hij een geschil zélf beslist) is te onderscheiden van de overheidsrechter in de bijzondere rol van voorzieningenrechter die al dan niet een verlot tot tenuitvoerlegging verleent (hij beslist dan over tenuitvoerlegging van een beslissing van de zaak door een ánder, namelijk door de arbiter).

5.37 Ik meen dus dat het in het verlengde ligt van het arrest *Intermaris* om aan te nemen dat als een beding onder de zwarte lijst van art. 6:236 BW valt, dat beding daarmee oneerlijk is, mét de daaraan verbonden gevolgen. Indien de rechter inderdaad steeds ambtshalve aan de zwarte lijst toetst en zijn oordeel dat een beding onder die lijst valt en dus als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt inderdaad impliceert dat het beding oneerlijk is, is vervolgens een oordeel op maat over de eerlijkheid van het beding niet meer nodig.

5.38 Mijns inziens geldt voor de grijze lijst van art. 6:237 BW dan op overeenkomstige wijze dat zij de oneerlijkheidstoets mede bepaalt. Ook aan die lijst moet de rechter ambtshalve toetsen. Oordeelt de rechter dat een beding onder de lijst valt, dan volgt daaruit dat het beding voorlopig als oneerlijk geldt, dat wil zeggen behoudens door de gebruiker van het beding te stellen en zo nodig te bewijzen feiten en omstandigheden die het beding alsnog als niet oneerlijk kunnen rechtvaardigen. Alleen in het geval op zulke feiten en omstandigheden een beroep wordt gedaan, vindt alsnog een beoordeling op maat plaats, met dien verstande dat in het geval uiteindelijk bij de rechter twijfel resteert, het beding nog steeds als oneerlijk dient te gelden; zo is immers het karakter van het wettelijke vermoeden van art. 6:237 BW.²³⁸

5.39 Kortom, mijns inziens behoort aan de hoofdlijn volgens welke het onderzoek of een specifiek beding oneerlijk is als in Richtlijn 93/13 bedoeld, naar Nederlands recht in het kader van art. 6:233 aanhef en onder a BW plaatsvindt (hiervoor 5.9 onder i), te worden toegevoegd:

i.bis Naar Nederlands recht vindt dit onderzoek mede plaats aan de hand van de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW. Ook aan die lijsten toetst de rechter ambtshalve. Komt hij op grond van die lijsten tot het oordeel dat een beding onredelijk bezwarend is, dan geldt het daarmee ook als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13.²³⁹

5.40 Voor een beding in de algemene voorwaarden van een kindercentrum volgens welke de opzegging tegen een bepaalde kalenderdag (bijvoorbeeld de eerste van de maand) moet plaatsvinden, betekent het voorgaande dat een beoordeling van de oneerlijkheid van het beding niet op maat hoeft plaats te vinden, omdat uit de plaatsing van het beding op de zwarte lijst van art. 6:236 aanhef en onder r BW, niet alleen volgt dat het beding onredelijk bezwarend is, maar ook oneerlijk, met alle daaraan verbonden gevolgen (in het bijzonder de verplichte ambtshalve toetsing en het herzieningsverbod).

5.41 Met betrekking tot een beding in de algemene voorwaarden van een kindercentrum volgens welke een opzegtermijn van meer dan een maand geldt, is op vergelijkbare wijze medebepalend art. 6:237 aanhef en onder o BW, dus de grijze lijst. Een beoordeling op maat vindt slechts plaats voor zover de gebruiker van het beding zich beroept op feiten en omstandigheden die het beding alsnog als niet oneerlijk kunnen rechtvaardigen.

In hoeverre bepaalt nationaal consumentenrecht mede de oneerlijkheidstoets? (2): dwingend recht

5.42 Ik kom nu toe aan de vraag of ook nationaal dwingend consumentenrecht de oneerlijkheidstoets mede bepaalt. Opnieuw geldt dat dit niet uit de Richtlijn oneerlijke bedingen volgt, noch uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar ook dat in verband met het minimumkarakter van de richtlijn een bevestigende beantwoording wel toelaatbaar is.

5.43 Uitgaande van wat zojuist met betrekking tot de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW is verdedigd, mede met een beroep op de formulering van het arrest *Intermaris*, dunkt mij de vraag hoe over nationaal dwingend consumentenrecht moet worden geoordeeld, niet moeilijk meer. Dwingend consumentenrecht gaat ten opzichte van de zwarte lijst juist één stap verder. Waar plaatsing van een beding op de zwarte lijst een afwijking van het wettelijke regime (van aanvullend recht) verhindert voor zover die afwijking in algemene voorwaarden plaatsvindt,

verhindert dwingend consumentenrecht *iedere* afwijking van het wettelijke regime, dus ook bij individueel beding. Bij dat karakter van een stap verder past mijns inziens bijzonder slecht om wat betreft de oneerlijkheidstoets juist een *stap terug* te doen, in de zin dat nationaal dwingend consumentenrecht de vraag of een beding als oneerlijk is te beschouwen, *niet* beslist, met als gevolg dat daarvoor nog een beoordeling op maat nodig is.

5.44 Eventueel kan bij eerste lezing in het arrest *Intermaris*²⁴⁰ een aanwijzing in tegengestelde zin worden gelezen, maar dit is opnieuw gezichtsbedrog (vergelijk hiervoor 5.32). Volgens het arrest toetst de voorzieningenrechter die een verlov tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis beoordeelt, niet of de arbiter art. 6:96 lid 6 BW (met betrekking tot de zogenaamde veertiendagenbrief) deugdelijk heeft toegepast. Ook art. art. 6:96 lid 6 BW bevat nationaal dwingend consumentenrecht. De verklaring hiervoor is echter opnieuw dat een verlov tot ten uitvoerlegging niet zomaar wordt geweigerd; daarvoor geldt de hoge drempel van de openbare orde. Dit is ook duidelijk uit de overweging van uw Raad:

'2.9.3 De tweede prejudiciële vraag neemt kennelijk tot uitgangspunt dat de omstandigheid dat art. 6:96 lid 6 BW in het arbitrale vonnis niet of niet juist is toegepast, ertoe leidt dat aannemelijk is dat het arbitrale vonnis of de wijze waarop het tot stand kwam in strijd is met de openbare orde. Van strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv is evenwel slechts sprake indien – voor zover thans van belang – de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.^[241] Art. 6:96 lid 6 BW kan niet worden aangemerkt als een zodanige bepaling.

Dat betekent dat de voorzieningenrechter die het verlov tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis beoordeelt, dit verlov niet op grond van art. 1063 lid 1 Rv in verbinding met art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv kan weigeren op de grond dat hem blijkt dat in het arbitrale vonnis art. 6:96 lid 6 BW niet of niet deugdelijk is toegepast. Het gaat hier weliswaar om consumentenbescherming, maar dat leidt niet tot een andere conclusie, nu het geen recht van openbare orde of Unierecht betreft. Het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel speelt dan ook geen rol. (...)'

5.45 Vergelijk ook het hiervoor 4.103 e.v. besproken arrest *Fa-med*. Volgens dat arrest past de rechter in zijn gewone rol art. 6:96 leden 5-7 BW ambtshalve toe. Daaruit volgt op zichzelf nog niet dat bedingen in strijd met het dwingende recht van art. 6:96 leden 5-7 BW steeds oneerlijk zijn, maar die vraag was in de zaak *Fa-med* ook niet aan de orde.

5.46 In het eerste lid van art. 6:240 BW is een nader aanknopingspunt te vinden voor de opvatting volgens welke strijd met dwingend consumentenrecht zonder een nadere, concrete toets ertoe leidt dat een beding oneerlijk is. Volgens deze bepaling zijn in het geval van de bij het gerechtshof Den Haag geconcentreerde abstracte toetsing op initiatief van belangenorganisaties, de open norm van onredelijkbezwarendheid niet alleen de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW van overeenkomstige toepassing, maar geldt bovendien dat een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met een dwingende wetsbepaling, als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Mijns inziens bestaat er geen goede reden waarom niet hetzelfde zou moeten gelden buiten het geval van een collectieve actie. Men lette in dit verband nog op de bepaling van art. 6:243 BW, volgens welke een naar aanleiding van een collectieve actie uitgesproken verbod tot gevolg heeft dat een beding in individuele overeenkomsten vernietigbaar is. De trajecten van respectievelijk een collectieve actie en gewone zaken waarin de eerlijkheid van een beding aan de orde is, zijn dus geen gescheiden werelden.

5.47 In de literatuur wordt de vraag of strijd met dwingend consumentenrecht volstaat om een beding oneerlijk te achten, verschillend beantwoord. Loos vind ik aan mijn zijde.²⁴² Pavillon zit op een ander spoor, volgens welke een beding dat afwijkt van 'semidwingend' recht gelet op de concrete omstandigheden van het geval toch eerlijk kan worden bevonden, ook al zal dit slechts zelden voorkomen.²⁴³ Overigens beargumenteren beiden hun opvatting niet nader. Andere literatuur die de vraag bespreekt, is mij niet bekend.

5.48 Volgens wat ik hiervoor verdedigde, kan aan de eerder bedoelde hoofdlijnen met betrekking tot de oneerlijkheidstoetsing worden toegevoegd:

i.ter Indien volgens nationaal dwingend consumentenrecht (in de zin van dwingend recht ter bescherming van een consument in diens verhouding tot een professionele wederpartij) een beding nietig of vernietigbaar is, geldt het beding daarmee ook als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13.

5.49 Voor bedingen waarvan is aan te nemen dat zij in strijd zijn met het wat betreft particuliere opdrachtgevers eenzijdige dwingende recht van art. 7:408, 7:411 en 7:413 BW, kan dus ook op die grond een beoordeling van de oneerlijkheid op maat achterwege blijven. Hiervoor nam ik aan dat opzegtermijnen van meer dan een maand, in beginsel in strijd zijn met art. 7:411 BW. Dit leidt dus tot geheel dezelfde uitkomst als volgens de route van de grijze lijst (art. 6:237 aanhef en onder o BW; hiervoor 5.41): het beding is oneerlijk, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die alsnog de langere opzegtermijn rechtvaardigen. Hiervoor 3.42 legde ik uit waarom laatstbedoeld geval mijns inziens nauwelijks voorstelbaar is.

Het verbod op herziening van oneerlijke bedingen: de stand van het recht in hoofdlijnen

5.50 Met betrekking tot het verbod op herziening van oneerlijke bedingen zijn weer aan het arrest *Euriborhypotheken* de volgende hoofdlijnen te ontleen:

o. De Richtlijn oneerlijke bedingen verplicht de lidstaten volgens art. 7 lid 1, in verbinding met de laatste overweging van de considerans, in doeltreffende en geschikte middelen te voorzien 'om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers'. Met deze doelstelling is onverenigbaar dat de rechter de bevoegdheid zou hebben om de inhoud van oneerlijke bedingen te herzien.²⁴⁴ Dit zou anders ertoe kunnen bijdragen dat de afschrikkende werking teniet wordt gedaan die voor gebruikers van de bedingen daarin besloten ligt dat dergelijke oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument.²⁴⁵

p. Eveneens is met onder meer²⁴⁶ deze doelstelling onverenigbaar dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit laat onverlet dat, indien een beding niet oneerlijk is bevonden, bij de toepassing ervan zo nodig kan worden onderzocht of het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁴⁷

5.51 Naar Nederlands recht wordt het voorschrift van art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13 EEG dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, gerealiseerd over de band van de ambtshalve vernietiging van zulke bedingen (hiervoor 5.3 onder a en d). In de nationale systematiek lijkt vanzelfsprekend dat vervolgens alsnog de rechtsgevolgen intreden die de wet aan de overeenkomst verbindt, onverschillig of de desbetreffende wettelijke bepaling aanvullend dan wel dwingend recht bevat.

5.52 Wat betreft aanvullend recht is inmiddels alleszins duidelijk dat wat volgens de nationale systematiek vanzelfsprekend lijkt, dat toch niet is. Aan onder meer het arrest van het Hof van Justitie van de EU *Dexia Nederland* uit 2021²⁴⁸ kan namelijk worden ontleend:

q. De overeenkomst moet op grond van art. 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen in beginsel voortbestaan zonder andere wijzigingen dan die welke het gevolg zijn van de schrapping van het oneerlijke beding, voor zover dat voortbestaan van de overeenkomst volgens de regels van nationaal recht rechtens mogelijk is. De rechter is niet bevoegd om een bepaling van aanvullend nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding.²⁴⁹

r. Dit is eerst anders indien volgens regels van nationaal recht de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige consequenties (zoals het onmiddellijke opeisbaar worden van een lening), zodat afbreuk dreigt te worden gedaan aan het afschrikkende karakter van de nietigverklaring. Uitsluitend in dat geval is vervanging van het oneerlijke beding door aanvullend recht wél toegelaten, dus met de bedoeling de zojuist bedoelde uiterst nadelige consequenties voor de consument te vermijden.²⁵⁰

5.53 Dit komt er dus op neer dat de leemte die door schrapping van een oneerlijk beding ontstaat, in het algemeen opzettelijk in stand dient te blijven. Waarom? Eenvoudig om de 'verkopers' in de zin van de richtlijn van het gebruik van oneerlijke bedingen af te schrikken en hen op die wijze dat

gebruik af te leren.

5.54 Ik sprak zojuist van een 'leemte'. Dat roept ogenblikkelijk de vraag op of de bedoelde leemte mogelijk wél met toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid mag worden opgevuld; ook gewoonterecht zou die rol kunnen vervullen (vergelijk art. 6:248 lid 1 BW). Uit het arrest van het Hof van Justitie van de EU *Dziubak*²⁵¹ volgt echter dat ook dit niet toegelaten is:

s. Art. 6 lid 1 van de richtlijn verzet zich er mede tegen dat een leemte in een overeenkomst die is veroorzaakt door de schrapping van een daarin opgenomen oneerlijk beding, wordt verholpen op de enkele basis van nationale open normen, volgens welke de in een rechtshandeling tot uitdrukking gebrachte gevolgen met name worden aangevuld door de gevolgen die voortvloeien uit het billijkheidsbeginsel of uit de gangbare praktijken, en die geen bepalingen van aanvullend recht zijn, noch bepalingen die van toepassing zijn indien de partijen bij de overeenkomst dit zijn overeengekomen.²⁵²

t. Dit geldt zelfs ook in het geval volgens regels van nationaal recht de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige consequenties (hiervoor onder r). De mogelijkheid tot vervanging zoals die in dat geval bestaat, is beperkt tot bepalingen van nationaal recht die aanvullend van aard zijn of die van toepassing zijn indien de partijen het erover eens zijn. Alleen zulke bepalingen worden namelijk verondersteld het door de nationale wetgever nagestreefde evenwicht tot uitdrukking te brengen tussen alle rechten en verplichtingen van de partijen bij bepaalde overeenkomsten.²⁵³

5.55 Op deze rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU bestaat de nodige kritiek en die kritiek is invoelbaar. Kort gezegd komt de kritiek erop neer dat het hof het evenredigheidsbeginsel uit het oog verliest, uit welk beginsel mede volgt dat sancties 'passend' ofwel proportioneel moeten zijn (Pavillon & Spanjaard,²⁵⁴ Loos²⁵⁵ en Jongeneel²⁵⁶), en bovendien maatwerk in de weg staat, welk maatwerk óók rekening zou kunnen houden met enige afschrikkende werking (Schelhaas & Spanjaard²⁵⁷). Ook valt op dat het Hof van Justitie minder vertrouwen heeft in maatwerk door de nationale rechter dan in de sjablonen van de nationale wetgever.

5.56 Ook als we met deze kritiek sympathiseren, brengt het primaat van het Hof van Justitie van de EU bij de uitleg van het Unierecht mee dat we het althans voorlopig met de weergegeven rechtspraak zullen moeten doen.

5.57 Drie nuances kunnen aan het voorgaande nog worden toegevoegd, als volgt:

u. Aanvullend recht dat uitsluitend in het voordeel van de consument is, valt niet onder de ratio van het herzieningsverbod.²⁵⁸

v. In het geval dat volgens regels van nationaal recht de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige consequenties (hiervoor onder r) en er geen nationale bepaling van aanvullend recht is, kan de rechter partijen gelasten om te onderhandelen over de vaststelling van een nieuw reëel evenwicht tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst. De rechter bepaalt het kader voor deze onderhandelingen en houdt daarbij rekening met de aan Richtlijn 93/13 ten grondslag liggende doelstelling van consumentenbescherming.²⁵⁹

w. Richtlijn 93/13 bevat geen enkele bepaling over niet-contractuele aansprakelijkheid; de vraag of zulke niet-contractuele aansprakelijkheid bestaat, moet derhalve aan de hand van nationaal recht worden beantwoord.²⁶⁰

Toepassing op de bedingen met betrekking tot opzegging en annulering van de kindercentra; vervanging van oneerlijke bedingen door een bepaling van dwingend recht?

5.58 Wat betekent het voorgaande voor de vraag of de rechter nadat hij een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk heeft aangemerkt en het beding op die grond buiten toepassing heeft gelaten, in plaats daarvan eenzijdig dwingend recht mag toepassen, in het bijzonder art. 7:411 BW?

- 5.59 Op het eerste gezicht zegt de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de toepassing van dwingend recht niets; het herzieningsverbod wordt in die rechtspraak uitsluitend betrokken op de vervanging van oneerlijke bedingen door wettelijke bepalingen van *aanvullend* recht. Redeneren we vervolgens langs de traditionele lijnen van het nationale recht, dan leidt nietigheid (de nietigheid die het gevolg is van vernietiging daaronder begrepen) van een beding dat met dwingend recht in strijd is, eenvoudig ertoe dat de wettelijke bepaling van dwingend recht alsnog zijn volle werking heeft.
- 5.60 De eenvoud van deze gedachtegang wordt geïllustreerd door de omstandigheid dat Loos in zijn handboek over algemene voorwaarden er niet meer dan een enkele zin voor nodig heeft:
'Mijns inziens is vervanging van een vernietigd beding door een bepaling van *dwingend* recht in ieder geval zonder meer mogelijk.'²⁶¹
- 5.61 Dezelfde opvatting is meer uitvoerig door collega Wissink verwoord in zijn conclusie vóór het arrest *Tio Teach* uit 2017,²⁶² en wel specifiek met betrekking tot de vraag of na vernietiging van een oneerlijk beding art. 7:411 BW kan worden toegepast, dus juist de bepaling met betrekking tot particuliere opdracht die ook in de onderhavige zaak aan de orde is.
- 5.62 Wissink vermeldde in zijn conclusie een arrest van het Hof Den Haag uit 2015 waarin is aangenomen dat na vernietiging art. 7:411 BW niet kan worden toegepast omdat het een bepaling van *aanvullend* recht zou betreffen.²⁶³ Vervolgens wees hij op het *Dexia*-arrest van uw Raad uit 2017, dat ervan uitging dat na vernietiging schadevergoeding op grond van art. 6:277 BW kan worden toegewezen.²⁶⁴ (Inmiddels is duidelijk dat dit laatste niet is conform de opvatting van het Hof van Justitie van de EU. Zie hiervoor 5.52.) Daarna vervolgde Wissink:
'2.23.5 Toepassing van art. 7:411 BW impliceert geen "herziening" van een oneerlijk geacht beding. Evenmin is sprake van toepassing van aanvullend recht, ook niet ten opzichte van de onderwijsinstelling. Een bepaling van aanvullend recht, zoals bedoeld in de rechtspraak van het HvJEU, kan door partijen weg gecontracteerd worden. Wie dat doet door middel van een oneerlijk beding, krijgt het aanvullende recht niet terug doordat het beding buiten toepassing moet worden gelaten (tenzij de bescherming van de consument dat zou vereisen). Art. 7:411 BW kan door partijen niet weg gecontracteerd worden. Art. 7:411 BW is blijkens art. 7:413 lid 2 BW van (semi-) dwingend recht. Het artikel schrijft aan beide partijen dwingend voor dat bij voortijdige beëindiging van de in deze bepaling bedoelde opdracht een "redelijk" loon verschuldigd is, maar laat hen de vrijheid om ten gunste van de consument ervan af te wijken. Een afwijking ten nadele van de consument, zoals in het onderhavige geval, is in strijd met dwingend recht. Art. 7:411 BW kan daarom worden toegepast.'
- 5.63 Omdat dwingend recht niet 'weg gecontracteerd kan worden', ziet het herzieningsverbod niet op bedingen die met dwingend recht in strijd zijn, zo was dus Wissink's redenering. Tegelijk ontkende Wissink niet dat de lijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgens welke het gebruik van oneerlijke bedingen moet worden ontmoedigd (de hiervoor 5.50 onder o bedoelde 'afschrikkende werking'), toch wel iets over oneerlijke bedingen in strijd met dwingend recht heeft te zeggen. De recht-toe-recht-aan-redenering van Loos kreeg bij Wissink het volgende genuanceerde vervolg:
'2.23.6 Nu art. 7:411 BW ook onafhankelijk van de toets aan de Richtlijn 1993/13/EEG, voorschrijft dat een redelijk loon verschuldigd is, is er in beginsel geen reden om terughoudend te zijn bij de toepassing van deze bepaling.
Daar staat tegenover dat bedingen die afwijken van art. 7:411 BW veelal algemene voorwaarden zullen zijn, die bij consumentenovereenkomsten vallen onder het bereik van Richtlijn 1993/13/EEG. In zijn *Banesto*-arrest overwoog het HvJEU, na te hebben overwogen dat de rechter een beding niet mag herzien, dat het aan de rechter staat om "binnen zijn bevoegdheden, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke te doen om de volle werking van artikel 6, lid 1, van Richtlijn 93/13 te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling" (rov. 72). Deze verwijzing herinnert aan de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie en toepassing van het nationale recht.

Zij ziet dus ook op de toepassing van art. 7:411 BW in een geval waarin een beding over het loon bij opzegging oneerlijk in de zin van Richtlijn 1993/13/EEG is geoordeeld. Dit biedt een handvat om bij de vraag in hoeverre toekenning van het (volledige) loon redelijk is, gewicht toe te kennen aan de uit de rechtspraak van het HvJEU blijkende gedachte dat het gebruik van oneerlijke bedingen moet worden ontmoedigd. Waar de afwijking van dwingend recht door middel van een oneerlijk beding niet kan worden ontmoedigd door het dwingende recht buiten toepassing te laten, kan dan mogelijk wel door de wijze waarop aan het dwingende recht toepassing wordt gegeven.'

5.64 Ik begrijp dit zo dat volgens Wissink bij de vaststelling van het deel van het loon zoals dit naar aanleiding van de beëindiging van de opdracht op grond van art. 7:411 BW verschuldigd is, gezichtspunt is dat oneerlijke bedingen moeten worden ontmoedigd. Eenvoudig gezegd: dat deel behoort vooral niet te hoog te worden vastgesteld. Op zichzelf past, denk ik, een dergelijk gezichtspunt zowel bij de norm van de redelijkheid (art. 7:411 lid 1 BW: 'een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon') als bij het beginsel van Unie-trouw (art. 4 lid 3 VWEU).

5.65 Pavillon en Spanjaard hebben de zienswijze van Wissink echter als volgt bekritiseerd:²⁶⁵

'Deze zienswijze overtuigt niet helemaal: hieruit volgt immers dat een beding dat afwijkt van recht dat de consument meer bescherming biedt dan aanvullend recht, minder 'zwaar' wordt gestraft dan een beding dat afwijkt van dit aanvullend recht. Voor de consument pakt de sanctie ook nadeliger uit. Of wordt afgeweken van semi-dwingend of aanvullend recht zou dus geen verschil moeten uitmaken.'

5.66 Uitvoeriger was Pavillon in een eerdere publicatie:²⁶⁶

'Het moeten teruggevallen op semi-dwingend recht vormt een vanuit de beschermingsgedachte bijzondere gevolgtrekking: de keuze om een afwijking ten nadele van de (consument-)opdrachtgever te verbieden werkt hier uiteindelijk (bij de sanctionering van die afwijking) in zijn nadeel. Semi-dwingend recht is er om de contractsvrijheid van de opdrachtnemer te beperken en de opdrachtgever te beschermen. Zou de wetgever een andere keuze hebben gemaakt en het (slechts) om aanvullend recht gaan (waarbij de opdrachtgever dus niet 'extra' wordt beschermd tegen een 'onredelijk loon'), dan is een afwijking nog steeds potentieel onredelijk bezwarend (vast te stellen aan de hand van de 'fictievevergelijkingstoets') maar mag juist niet op aanvullend recht worden teruggevallen indien de afwijkende voorwaarde wordt vernietigd (en krijgt de opdrachtnemer dus helemaal geen loon). Het omwille van de bescherming van de opdrachtgever als semi-dwingend aanmerken van een bepaling pakt bij de sanctionering van een hiermee in strijd zijnde beding in algemene voorwaarden wel heel nadelig voor hem uit. Die 'nietigheid' biedt per saldo minder bescherming dan de vernietiging van een beding dat afwijkt van aanvullend recht. Dat lijkt mij niet terecht en volgt ook geenszins uit de op de onderhavige voorwaarden (ook) van toepassing zijnde Europese richtlijn en bijbehorende rechtspraak.

Het is juist dat het HvJ zich nog niet heeft uitgelaten over wat te doen in geval van een afwijking van dwingend recht. Of op dwingend recht mag worden teruggevallen zal denk ik afhangen van de door deze bepaling beschermde belangen (gaat het om het belang van de gebruiker zoals i.c. het geval, dus niet) en of dit ertoe leidt dat de door de richtlijn geboden bescherming niet langer effectief is omdat de sanctionering niet meer afschrikkend werkt. Ik betwijfel overigens of de richtlijn en het HvJ wel een onderscheid maken tussen (semi-)dwingend en aanvullend recht (zoals de conclusie in randnummer 2.23.5 in het bijzonder suggereert), zeker als het aankomt op de mogelijkheid om hierop terug te vallen na de vernietiging van een oneerlijk beding. Het teruggrijpen op nationaal aanvullend of dwingend recht is overigens slechts problematisch als het gaat om hierin vervatte plichten voor de consument (bijv. de verplichting om schadevergoeding of een redelijk loon te betalen). Als wordt afgeweken van een bepaling die rechten verschaft aan de consument, dan is hierop terugvallen een vanzelfsprekendheid.'

5.67 Wat mij betreft slaat Pavillon hier de spijker op de kop. Dwingend recht is er in soorten en maten. Art. 7:411 BW betreft eenzijdig dwingend recht (ik geef aan die term in dit verband de voorkeur boven de door Pavillon gebruikte term van 'semi-dwingend' recht; vergelijk hiervoor 4.7-4.8). De bepaling strekt dus niet ter bescherming van de belangen van bepaalde derden of van enig algemeen belang (vergelijk hiervoor 4.6). Zou dit laatste het geval zijn, dan zou voor de opvatting dat het herzieningsverbod niet van toepassing is, veel te zeggen zijn. Eenzijdig dwingend recht

daarentegen ligt veel dichter bij aanvullend recht. Het *is* zelfs aanvullend recht, in de zin dat afwijking ten nadele van de wederpartij van de beschermde partij, wél is toegelaten. Toegesplitst op art. 7:411 BW: voor zover art. 7:411 BW de opdrachtnemer begunstigt door hem een aanspraak op een redelijk deel van het loon toe te kennen, is afwijking van de door de wetgever gegeven regel toegelaten. Zie hiervoor 4.8. Slechts voor zover art. 7:411 BW inhoudt dat de consument *niet meer* verschuldigd is dan een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon, is sprake van dwingend recht.

- 5.68 Kortom, het eenzijdig dwingende recht van art. 7:411 BW staat eensdeels geheel gelijk aan aanvullend recht, namelijk voor zover het aan de opdrachtgever (het kindercentrum) een aanspraak op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon toekent. Het is juist dit element dat het Hof van Justitie van de EU met zijn rechtspraak in het vizier heeft: oneerlijke bedingen moeten zonder meer buiten toepassing worden gelaten, omdat anders de met de richtlijn beoogde 'afschrikkende werking' teniet wordt gedaan; herziening, ook in de vorm van toepassing van aanvullend recht, is daarmee onverenigbaar (hiervoor 5.50 onder o en 5.52 onder q).
- 5.69 Het is waar: anderdeels verschilt het eenzijdige dwingende recht van art. 7:411 BW wel van aanvullend recht, namelijk voor zover niet toegelaten zijn bedingen die de consument bij een voortijdig einde van de opdracht tot meer verplichten dan tot betaling van een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Dit element is met het herzieningsverbod echter niet in verband te brengen, in ieder geval niet in de zin dat de regel van art. 7:411 BW buiten het bereik van dat verbod zou vallen. De bescherming van de consument in het geval van dwingend consumentenrecht is, volgens wat hiervoor 5.43 e.v. is verdedigd, juist extra sterk, in de zin dat bedingen in strijd met (eenzijdig) dwingend consumentenrecht zonder meer oneerlijk zijn, zonder dat voor die vaststelling een toetsing op maat nodig is. Bij zulke extra sterke bescherming past mijns inziens bijzonder slecht om bij het tegengaan van deze categorie van oneerlijke bedingen juist gas terug te nemen.
- 5.70 Kortom, hoezeer ook dwingend recht op het eerste gezicht buiten het bereik van het herzieningsverbod valt, bij meer nauwkeurige beschouwing doet eenzijdig dwingend recht dat mijns inziens toch niet.
- 5.71 Het voorgaande brengt mij op de volgende nadere hoofdlijn met betrekking tot het herzieningsverbod:
- r.bis* Afhankelijk van de strekking van de desbetreffende wetsbepaling van dwingend recht geldt het voorgaande ook voor de vervanging van een oneerlijk beding door de inhoud van een dwingende wetsbepaling, namelijk voor zover die bepaling een element bevat dat de gebruiker van het beding potentieel begunstigt en waaraan deze dus een aanspraak zou kunnen ontlenen. In zoverre is de rechter dus ook niet bevoegd om een bepaling van dwingend nationaal recht in de plaats te stellen van het oneerlijke beding.
- 5.72 Het herzieningsverbod is niet geheel zonder uitzonderingen, maar het ligt niet voor de hand dat die uitzonderingen in de context van oneerlijke bedingen in de algemene voorwaarden van kindercentra toepassing zouden kunnen vinden. Het lijkt mij niet werkelijk voor twijfel vatbaar dat de overige inhoud van de overeenkomst van opdracht niet in onverbreekelijk verband staat met de bedingen met betrekking tot opzegging of annulering van de overeenkomst; ook zonder die bedingen kan de overeenkomst zeer wel voortbestaan. De ambtshalve vernietiging van zulke bedingen op de grond dat ze oneerlijk zijn, leidt dus tot partiële nietigheid (art. 3:41 BW). Weliswaar kan men eventueel zeggen dat aldus het kindercentrum de aanspraak op de tegenprestatie verliest voor prestaties die in ieder geval mede ten behoeve van de opdrachtgever en diens kind worden verricht (onder meer het aanhouden van voldoende personeel, ook voor de nabije toekomst), maar zulk verlies past juist goed bij de met de Richtlijn oneerlijke bedingen beoogde afschrikkende werking (hiervoor 5.50 onder o). Het geval dat de consument door de vernietiging geconfronteerd dreigt te worden met uiterst nadelige consequenties, zodat afbreuk dreigt te worden gedaan aan het afschrikkende karakter van de nietigverklaring (hiervoor 5.50 onder r), doet zich niet voor.
- 5.73 Ik geloof ook niet dat er aanleiding bestaat om nog met behulp van niet-contractuele

aansprakelijkheden aan het resultaat van de toetsing overeenkomstig Richtlijn 1993/13/EG te gaan 'knutselen' (vergelijk hiervoor 5.57 onder w). Mijns inziens ligt bijvoorbeeld niet voor de hand dat de consument-opdrachtgever als gevolg van de vernietiging van de oneerlijke bedingen met betrekking tot opzegging of annulering, voor de zojuist bedoelde prestaties van het kindercentrum met het oog op de periode na de opzegging respectievelijk de annulering tot waardevergoeding kan worden aangesproken (onverschuldigde betaling, art. 6:210 lid 2 BW), of tot schadevergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).²⁶⁷

- 5.74 Het moge zo zijn dat niet-contractuele aansprakelijkheden door het nationaal recht worden beheerst, maar dat betekent nog niet dat met toepassing van zulke aansprakelijkheden de met de Richtlijn oneerlijke bedingen beoogde resultaten vrijelijk mogen worden doorkruist. Daarom behoort mijns inziens te worden aangenomen dat waardevergoeding in gevallen als nu aan de orde niet redelijk is (art. 6:210 lid 2 BW). Wat betreft ongerechtvaardigde verrijking lijkt me reeds dubieus of de consument verrijkt is; bijvoorbeeld van het aanhouden van personeel wat betreft de periode ná de opzegging of annulering trekt hij mijns inziens niet werkelijk een voordeel (uiteraard is er in gewone gevallen wel een *verarming* van het kindercentrum). Zouden we die verrijking toch aannemen, dan wordt deze mijns inziens ten volle gerechtvaardigd door zowel de beoogde effectieve bescherming van de consument als de beoogde afschrikkende werking. Een alternatieve route naar hetzelfde resultaat is om aan te nemen dat schadevergoeding in verband met die afschrikkende werking niet redelijk is ('voor zover dit redelijk is', art. 6:212 lid 1 BW).
- 5.75 Vergelijk reeds het arrest '*Gratis' mobiele telefoon I* met betrekking tot het eveneens op een EU-richtlijn berustende art. 7:61 BW (consumentenkrediet)²⁶⁸: art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) biedt geen grondslag voor een vergoeding die in strijd komt met de beoogde effectieve bescherming van de consument en afbreuk doet aan het vereiste dat de sanctie op schending van de consumentenbeschermende bepaling doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn.²⁶⁹
- 5.76 Mijns inziens moeten we de mogelijke ruimte die niet-contractuele aansprakelijkheden bieden om het resultaat waartoe de richtlijn leidt, te corrigeren, voor sprekende gevallen reserveren, dus voor gevallen waarin dat resultaat evident onevenwichtig is. Ik spreek opzettelijk van 'mogelijke' ruimte, want hoe groot die ruimte is, zal nog moeten blijken. Ik geloof er persoonlijk niets van dat als we aan niet-contractuele aansprakelijkheden een zodanige invulling zouden willen geven dat het herzieningsverbod en de daarmee beoogde afschrikkende werking van de richtlijn in feite worden ondergraven, het Hof van Justitie van de EU zal *blijven* zeggen dat uit de Richtlijn oneerlijke bedingen met betrekking tot die aansprakelijkheden in het geheel niets volgt. Via het doeltreffendheidsbeginsel (dus indirect) zegt de richtlijn mijns inziens dan wel degelijk iets over de grenzen van eventuele niet-contractuele aansprakelijkheid. Het recente arrest van het Hof van Justitie met betrekking tot *BNP Paribas Personal Finance* illustreert dit reeds:²⁷⁰ verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling mag niet in strijd komen met het doeltreffendheidsbeginsel in verband met het door een consument aan de richtlijn te ontlenen recht op terugbetaling van wat op basis van een oneerlijk beding is betaald.
- 5.77 Ten overvloede nog: het is de vraag of de bedoelde mogelijke ruimte niet ook reeds danig wordt ingeperkt door bekende principes van *nationaal* burgerlijk recht, zoals die met betrekking tot de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad²⁷¹ en van overeenkomst en ongerechtvaardigde verrijking.²⁷²

6 Beantwoording van de vragen

Vraag 1: Is een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang zoals in deze zaak aan de orde een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW?

- 6.1 Volgens art. 7:400 lid 1 BW is opdracht de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. Deze definitie, met als kenmerkend

element het verrichten van werkzaamheden, omvat een grote variëteit aan opdrachten en dat is door de wetgever ook onder ogen gezien. Wel geldt in verband met die variëteit dat de bepalingen van de eerste afdeling van Titel 7 van Boek 7 BW 'op soepele wijze' dienen te worden gehanteerd (hiervoor 3.3).

- 6.2 Ook een overeenkomst met betrekking tot kinderopvang strekt tot het verrichten van werkzaamheden, namelijk de opvang van het kind op de overeengekomen tijdstippen; daarom is die overeenkomst een overeenkomst opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW (hiervoor 3.8).

Vraag 2: In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW en 7:413 BW eraan in de weg dat een opdrachtnemer met een consument-opdrachtgever een opzegtermijn overeenkomt?

- 6.3 Volgens art. 7:408 lid 1 BW kan de opdrachtgever te allen tijde de overeenkomst opzeggen. Deze bepaling is met betrekking tot de particuliere opdrachtgever van dwingend recht (art. 7:413 lid 2 jo. 7:408 lid 3 BW). Een opzegging kan volgens art. 7:411 BW leiden tot de verschuldigdheid van een naar redelijkheid vast te stellen van het deel van het overeengekomen loon, dat indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen, volgens het tweede lid van dat artikel ook het volle loon kan zijn. Met betrekking tot duurovereenkomsten krijgt dit laatste dan de gedaante van het volle loon over in redelijkheid te bepalen periode (hiervoor 3.26).

- 6.4 Opzeggingstermijnen ogen naar hun vorm weliswaar sterk afwijkend ten opzichte van het stelsel van art. 7:408 en 7:411 BW, maar in plaats van de vorm is de inhoud bepalend. Een opzegtermijn biedt partijen duidelijkheid vooraf en heeft ten opzichte van de wettelijke regeling voor de particuliere opdrachtgever bovendien het voordeel dat hij het kind nog gedurende de opzegtermijn naar de opvang kan brengen. In die zin is een opzegtermijn voor de ouder van het kind juist gunstig (hiervoor 3.35). Onder meer pleit dit ervoor om aan te nemen dat opzegtermijnen wel degelijk toelaatbaar zijn, uiteraard mits zij niet tot een hogere vergoeding leiden dan volgens art. 7:411 BW. In de literatuur wordt dit ook reeds aangenomen (hiervoor 3.37).

- 6.5 Ook de bepaling van art. 6:237 aanhef en onder o BW (grijze lijst), volgens welke in het geval van overeenkomsten voor onbepaalde tijd, consumenten de overeenkomst moeten kunnen opzeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand (hiervoor 3.42), lijkt te bevestigen dat naar de bedoeling van de wetgever opzegtermijnen op zichzelf niet onverenigbaar zijn met het dwingende recht ter bescherming van particuliere opdrachtgevers.

Vraag 3: In hoeverre staan de artikelen 7:408 BW, 7:411 BW en 7:413 BW er bij duurovereenkomsten aan in de weg dat partijen een vergoeding overeenkomen voor het geval de overeenkomst door een consument-opdrachtgever wordt opgezegd, en in het bijzonder voor het geval waarin de opdrachtgever de overeenkomst opzegt voordat de uitvoering van de overeenkomst is aangevangen?

- 6.6 Op grond van art. 7:411 BW heeft, in geval van het voortijdig eindigen van een opdracht, de opdrachtnemer aanspraak op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon; dit geldt ook in het geval van een opzegging voordat de uitvoering van de overeenkomst is aangevangen (hiervoor 3.24 e.v.). Bedingen die de particuliere opdrachtgever verplichten tot betaling van een vergoeding die niet hoger is dan uit het eenzijdige dwingend recht van art. 7:411 jo. 7:413 lid 2 BW voortvloeit, zijn geldig (hiervoor 3.34-3.35). Zulke bedingen hebben ook het onmiskenbare voordeel dat ze over de hoogte van de verschuldigde vergoeding vooraf duidelijkheid verschaffen (hiervoor 3.33).

Vraag 4: Moet de rechter een bepaling uit algemene voorwaarden die ten nadele van de consument afwijkt van een dwingende bepaling van Nederlands recht die strekt ter bescherming van consumenten, deze bepaling ambtshalve buiten toepassing laten omdat een dergelijke bepaling altijd (of in beginsel) oneerlijk is als bedoeld in Richtlijn 93/13/EEG?

- 6.7 Vooraf moet worden gezegd dat de rechter ook op grond van nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht veelal verplicht is dwingend recht toe te passen, namelijk *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd. Het is een misverstand dat de omstandigheid dat niet door een procespartij een beroep op een nietigheid is gedaan, betekent dat daarmee die nietigheid zich buiten de grenzen van de rechtsstrijd bevindt. Nee, de rechter beoordeelt op grond van art. 25 Rv ambtshalve de deugdelijkheid van de grondslag van de vordering respectievelijk het verweer. En

zoals de rechter een vordering tot vergoeding van wettelijke handelsrente afwijst in de gevallen waarin slechts de gewone wettelijke rente verschuldigd is, zo ook wijst hij een vordering af voor zover deze op een nietige rechtshandeling steunt. Dat in verband met art. 3:40 lid 2 BW een beding in strijd met dwingend recht 'slechts' vernietigbaar is omdat het dwingende recht uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen, staat daaraan niet in de weg. De wetgever heeft integendeel bedoeld dat de rechter ook ambtshalve bescherming biedt. In die zin luidt ook reeds de rechtspraak met betrekking tot het dwingende consumentenrecht van art. 6:96 leden 5-7 BW. Zie uitvoerig hoofdstuk 4, met conclusie onder 4.120 e.v.).

6.8 Niettemin is de vraag van belang of een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met nationaal dwingend consumentenrecht, daarmee ook oneerlijk is. In de eerste plaats is de rechter wat betreft de toetsing van oneerlijke bedingen verplicht extra actief en in de tweede plaats geldt voor oneerlijke bedingen het zogenaamde herzieningsverbod (hiervoor 5.24 e.v.).

6.9 Mijns inziens zijn er goede redenen om zowel met betrekking tot de zwarte en grijze lijst van art. 6:236 en 6:237 BW (hiervoor 5.28 e.v.) als met betrekking tot nationaal dwingend consumentenrecht (hiervoor 5.42 e.v.) aan te nemen dat deze binnen de nationale rechtsorde mede bepalen of een beding oneerlijk is. De consequentie daarvan is dat een concrete oneerlijkheidstoets achterwege kan blijven, wat betreft de grijze lijst uiteraard met uitzondering van het geval dat de gebruiker van het beding zich beroept op feiten en omstandigheden die volgens hem het beding rechtvaardigen. Een dergelijk uitleg van het Nederlandse recht is toegelaten in verband met het minimumkarakter van de Richtlijn oneerlijke bedingen en ligt wat betreft de zwarte lijst bovendien in het verlengde van het arrest *Intermaris* (hiervoor 5.31 e.v.).

Vraag 5. Mag de rechter nadat hij een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk heeft aangemerkt en het beding op die grond buiten toepassing heeft gelaten, semi-dwingend recht toepassen, en in het bijzonder artikel 7:411 BW?

6.10 Vooraf een opmerking over de terminologie. Het begrip 'semidwingend recht' wordt veelal in een andere zin gebruikt dan hier klaarblijkelijk is bedoeld, namelijk in de zin van dwingend recht waarvan met inachtneming van een bepaalde vorm kan worden afgeweken (hiervoor 4.7). In de vraag is bedoeld dwingend recht waarvan niet ten nadele van een bepaalde partij kan worden afgeweken (in het geval van art. 7:411 BW: de particuliere opdrachtgever), maar eventueel wel ten nadele van diens wederpartij (de opdrachtnemer), dus *eenzijdig dwingend recht* (hiervoor 4.8).

6.11 Uit het arrest *Dexia Nederland* van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat het herzieningsverbod mede ziet op een toepassing van aanvullend recht in plaats van het oneerlijk bevonden beding (hiervoor 5.52). Mijns inziens geldt afhankelijk van de strekking van de desbetreffende wetsbepaling hetzelfde voor dwingend recht (hiervoor 5.67 e.v.). Voor zover dwingend recht een element bevat dat de gebruiker van het beding potentieel begunstigt en waaraan deze dus een aanspraak zou kunnen ontlenen, onderscheidt dwingend recht zich niet relevant van aanvullend recht. Dit geldt ook voor het eenzijdige dwingende recht van art. 7:411 BW. De rechter die een tussen partijen overeengekomen beding als oneerlijk ter zijde heeft gesteld, mag dus niet vervolgens de vordering van de opdrachtnemer deels toewijzen op grond van art. 7:411 BW. In plaats daarvan dient hij de op het beding steunende vordering geheel af te wijzen.

7 Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als onder 6 vermeld.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

-
- ¹ Althans gedurende de opzegtermijn zoals [eiseres] die op grond van haar uitleg van de algemene voorwaarden berekent. Vergelijk hierna 3.19.
- ² Rechtbank Rotterdam 19 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13415.
- ³ Zie rechtsoverweging 2.25 van het tussenvonnis van 19 november 2021: 'De regels [van art. 7:408 BW] strekken naar huidig recht niet ter bescherming van zodanige zwaarwegende belangen dat zij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast moeten worden.'
- ⁴ Tussenvonnis van 11 september 2020, onder 2.
- ⁵ ECLI:NL:RBROT:2021:6260.
- ⁶ MvT, Kamerstukken II 1982/83, 17779, nr. 3, p. 3.
- ⁷ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/48.
- ⁸ Zie Eindverslag I, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 31-32 en MVT Inv., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1020.
- ⁹ Uitvoeriger W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 6:248 BW. Vergelijk ook Asser/Valk 7-III 2020/36.
- ¹⁰ MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 289. Vergelijk in dit verband laatstelijk HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 m.nt. J.L. Smeehuijzen (Fraanje/Alukon). Ik merk op dat dit arrest in de literatuur met instemming is ontvangen, met als ik het goed zie als enige uitzondering J.M. van Dunné, WPNR 2022/7367. Afgezien ervan dat Van Dunné het arrest van het hof op verschillende punten anders leest dan uw Raad (mijns inziens zonder goede grond), ontleent hij zijn kritiek vooral aan (de wetsgeschiedenis van) de regeling van *anticipatory breach* van art. 6:80 BW. Daarbij ziet hij echter over het hoofd dat die regeling betrekking heeft op het geval dat de verbintenis nog niet opeisbaar is, terwijl toepasselijkheid van de verzuimregeling juist opeisbaarheid veronderstelt. Het dunkt mij vanzelfsprekend dat het geval waarin de verbintenis wel reeds opeisbaar is (en eventueel door de schuldenaar, zoals in het geval van *Fraanje/Alukon*, zelfs reeds diverse nakomingspogingen zijn gedaan), wezenlijk anders geaard is dan het geval waarin de schuldeiser de gevolgen van niet-nakoming reeds wil laten intreden hoewel de schuldenaar nog niet behoeft te presteren.
- ¹¹ Zie rechtsoverweging 2.5 en 2.6 van het vonnis van 19 november 2021.
- ¹² Rechtbank Oost-Brabant 19 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1368.
- ¹³ Vergelijk Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/19, die de opdracht tot het opvangen van een kind ook als voorbeeld noemt.
- ¹⁴ Te raadplegen via de website van de Rijksoverheid, Landelijk Register Kinderopvang: <https://www.landelijkregisterkinderopvang.nl/pp/#/>
- ¹⁵ <https://www.monitorlkk.nl/>
- ¹⁶ Amsterdam, april 2011.
- ¹⁷ Vergelijk met betrekking tot de regels over kinderopvang en de uitvoeringspraktijk nader de beknopte schets bij N. Abdoelbasier e.a., Sociaal Info, Sdu januari 2002, p. 234 e.v.
- ¹⁸ <https://www.kinderopvang.nl/dossiers/dossier?dossierid=1867786&title=Algemene+Voorwaarden>
- ¹⁹ <https://www.kinderopvang.nl/over-ons>
- ²⁰ <https://www.maatschappelijkekinderopvang.nl/dienstverlening-en-bedrijfsvoering-kinderopvang-organisatie-ondernemer/algemene-voorwaarden-kinderopvang/>
- ²¹ <https://www.bvok.nl/reglementen/>
- ²² De vijftien kinderopvangorganisaties met het grootste aantal kindplaatsen volgens de lijst van de top 100 kinderopvangorganisaties op <https://www.kinderopvang-wijzer.nl/top-100-houders-kdv-februari-2022/>
- ²³ Gro-up hanteert andere algemene voorwaarden. Volgens artikel 14 geldt ook een opzegtermijn van een maand, waarbij 'Opzeggen geschiedt bij voorkeur per de 1e of de 16e dag van de maand.' Met

betrekking tot annulering worden de volgende voorwaarden gehanteerd: '8.2 Bij annulering van de plaatsingsovereenkomst door de consument vóór de ingangsdatum is de geldende opzegtermijn volgens artikel 14.2 van toepassing. Wanneer de opzegtermijn de overeengekomen ingangsdatum overschrijdt, is de consument de volledige prijs over de periode van overschrijding verschuldigd. 8.3 De ondernemer kan aan de consument administratiekosten in rekening brengen voor annulering.'

²⁴ <https://www.partou.nl/voorwaarden>

²⁵ Stichting Spring Kinderopvang hanteert een vergelijkbare regeling (in plaats van € 80,— brengt zij € 50,— in rekening). <https://www.spring-kinderopvang.nl/algemene-voorwaarden/>

²⁶ Ik meen dat het bieden van kinderopvang is te begrijpen onder het geregeld doen van verrichtingen als bedoeld in art. 6:237 onder j BW, waarnaar de bepaling van art. 6:236 onder r verwijst. Vergelijk hierna 3.41.

²⁷ Zie voor dagopvang art. 7 tot en met 10 Besluit kwaliteit kinderopvang, en voor buitenschoolse opvang art. 16 tot en met 19 Besluit kwaliteit kinderopvang.

²⁸ Voor dagopvang geldt dat een stamgroep een afzonderlijke ruimte moet hebben, en voor kinderen tot 1,5 jaar moet voorzien zijn in afzonderlijke slaapruiimte.

²⁹ Zie HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481, NJ 2008/41 m.nt. J. Hijma (makelaarscourtage).

³⁰ Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 377-378.

³¹ Meijers was reeds in 1954 overleden.

³² Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 367-368.

³³ In de literatuur wordt wel degelijk aanvaard dat opzegtermijnen ook in het uiteindelijk door de wetgever gekozen stelsel toelaatbaar zijn. Zie hierna 3.36 en voetnoot 36.

³⁴ HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481, NJ 2008/41 m.nt. J. Hijma (makelaarscourtage).

³⁵ Vergelijk de MvA II, Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, p. 369.

³⁶ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/165. In vergelijkbare zin Castermans & Krans, T&C BW, art. 7:408 BW, aant. 4: 'Uit de overeenkomst kan voortvloeien dat een opzegtermijn in acht moet worden genomen, zo bepaalde art. 7.7.1.10 lid 3 van het Ontwerp-Meijers. Die regel geldt nog steeds. Partijen kunnen uitdrukkelijk een termijn overeenkomen.' Castermans en Krans hebben gelet op het verband klaarblijkelijk mede het oog op opdracht door een particuliere opdrachtgever.

³⁷ Tjong Tjin Tai gaat verder met: 'Daarnaast kan ook voor de particuliere opdrachtgever uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een opzegtermijn in acht moet worden genomen, zie o.a. het hierboven genoemde arrest HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin).' Ik betwijfel of dit laatste juist is. Ik ben geneigd om te denken dat als geen opzegtermijn is overeengekomen, het bij de regel van art. 7:408 lid 1 BW (opzegging is te allen tijde mogelijk) slecht past om op grond van redelijkheid en billijkheid aan te nemen dat tóch een opzegtermijn geldt. Iets anders is dat op grond van art. 7:411 BW het volle loon verschuldigd kan zijn over een redelijke periode. Dit benadert uiteraard het resultaat waartoe in andere gevallen de leer van *De Ronde Venen/Stedin* leidt.

³⁸ Kamerstukken II, 30520. De wet is in werking getreden per 1 december 2011. Zie Stb. 2010/789.

³⁹ Met betrekking tot overeenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van een jaar of langer, geldt hetzelfde op grond van art. 6:237 aanhef en onder k BW.

⁴⁰ MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 39. Vergelijk Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/183.

⁴¹ HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8728, NJ 2013/225 (rov. 3.4.2 e.v.).

⁴² Met het voorgaande duid ik het onderscheid tussen aanvullend en dwingend recht vanuit het perspectief van de werking van de door de wetgever geformuleerde rechtsregel. Vergelijk voor andere invalshoeken: M.A. Loth, Dwingend en aanvullend recht, Mon. BW A19 2009/1; M. Vriend, GS Verbintenissenrecht, art. 6:248, aant. 3.1.3.

⁴³ M.A. Loth, Dwingend en aanvullend recht, Mon. BW A19 2009/20; Asser/Sieburgh 6-III 2018/316.

⁴⁴ Vergelijk M.A. Loth, Dwingend en aanvullend recht, Mon. BW A19 2009/2.

⁴⁵ Vergelijk bijvoorbeeld Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/16, die op die plaats ook de figuur van *tweederde dwingend* recht beschrijft, namelijk met de mogelijkheid van afwijking bij ondernemingsovereenkomst.

⁴⁶ Kenmerkend is dat in het huidige arbeidsrecht steeds geldt dat als bij cao afwijking mogelijk is, zulke afwijking ook mogelijk is 'bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan'.

⁴⁷ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/17; H.J. Snijders, *Maten van dwingend recht*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 162.

⁴⁸ 'Gewoon' in de zin dat zulke afwijking in ieder vorm kan geschieden en ook in een of meer gedragingen kan besloten liggen (art. 3:37 lid 1 BW).

⁴⁹ Opnieuw Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/17.

⁵⁰ Onbestaanbaar dunkt me de figuur van 'dwingend recht' dat slechts wordt gehandhaafd indien *beide* partijen zich daarop beroepen. Een zodanige rechtsregel kan onmogelijk nog 'dwingend' heten.

⁵¹ Zie wat betreft de wilsgebreken art. 1358 (dwaling) en 1359 en 1361 (geweld). Art. 1364 (bedrog) sprak opvallend genoeg wel van vernietiging. Idem art. 1485 met betrekking tot alle wilsgebreken, ook dwaling en geweld. Met betrekking tot handelingsonbekwamen sprak art. 1482 in één adem van 'nietigheid van rechtswege' en van het 'nietig verklaren op een daartoe gedane vordering'.

⁵² E.M. Meijers, *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. Deel I: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948, hoofdstuk XI, p. 243 e.v. De tweede druk van dit boek (1958) is identiek aan de eerste.

⁵³ Zie de inleiding, p. 1 e.v., in het bijzonder p. 24.

⁵⁴ Zie p. 243 e.v., in het bijzonder p. 245.

⁵⁵ Vergelijk p. 251.

⁵⁶ Zie p. 245.

⁵⁷ Nogmaals p. 245.

⁵⁸ Nog steeds p. 245. In de volgende pagina's werkt Meijers dit omstandig met diverse aan het oude recht ontleende voorbeelden uit, met aanduiding van diverse overgangsfiguren.

⁵⁹ Zie p. 246 en 247. Vergelijk de bespreking van de opvattingen van Meijers bij S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, titel 3.2 BW, aant. 23.1.2. De Loos-Wijker suggereert op die plaats dat voor Meijers één ander verschil in rechtsgevolgen hét criterium was, namelijk of de rechtshandeling van het begin af aan geen rechtsgevolg heeft, dan wel de rechtsgevolgen pas ophouden te bestaan nadat de rechtshandeling op een door het recht aangegeven wijze is aangepast. Mijns inziens is dit minder juist. Het is duidelijk dat inderdaad dit verschil voor Meijers zeer belangrijk was, maar hij gaat niet verder dan te zeggen dat daarop 'de nadruk valt' (p. 232) en vermeldt bij zijn aanduiding van de prototypische kenmerken van gevallen van nietigheid en vernietigbaarheid ook andere verschillen in rechtsgevolgen.

⁶⁰ Meijers bespreekt overgangsfiguren met betrekking tot de mate van rechterlijke activiteit niet uitdrukkelijk, anders dan bijvoorbeeld met betrekking tot de werking van nietigheid en de mogelijkheid van het doen van afstand, respectievelijk van de vorm waarin het beroep op het gebrek wordt gedaan (p. 246 e.v.).

⁶¹ Anders onder meer J. Hijma, *Nieuw nulliteitenrecht*, WPNR 2017/7133, p. 14: 'Als kenmerkend verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid geldt, dat de eerste van rechtswege is gegeven en door eenieder (inclusief de rechter) kan worden geconstateerd, terwijl voor een vernietiging benodigd is dat de beschermde partij haar protectie inroept.' Ik vermoed dat Hijma hier verwoordt waarvan velen uitgaan. Niettemin meen ik dat een opvatting die aan de begrippen 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' in beginsel beslissende betekenis toekent voor wat betreft de vraag of de rechter actief is of niet, niet juist is. Niet alleen past ze niet bij de opvattingen van Meijers, maar ook niet bij de wetsgeschiedenis van art. 3:40 lid 2 BW. Vergelijk hierna 4.42 e.v.

⁶² J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke geding*, diss. Leiden, Zwolle: Tjeenk Willink 1970. Beknopter is de studiepocket van dezelfde auteur: J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

⁶³ Zie nr. 122 (p. 199).

⁶⁴ Onder meer in nr. 108 (p. 171).

⁶⁵ Het rechtspraakregister van het boek vermeldt bijna 700 arresten uit deze periode.

⁶⁶ Zie nr. 52 (vordering) en 53 (verweer), p. 72 e.v. HR 4 december 1924, ECLI:NL:HR:1926:21, NJ 1925, p. 265: Als de rechter van oordeel is dat de gestelde feiten de vordering niet kunnen dragen, moet hij de niet-ontvankelijkheid uitspreken, ook al is dit verweer niet gevoerd. HR 14 juni 1946, ECLI:NL:HR:1946:90, NJ 1946/525: De rechter is verplicht de bij inleidend rekest gestelde feiten te toetsen aan de wet en op grond van dat zelfstandig onderzoek te beslissen of die feiten grond opleveren voor de gevraagde veroordeeling. Vergelijk C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem: Erven Bohn 1972, nr. 204 (p. 169): 'Van ambtswege onderzoekt de rechter dan ook, dit is de betekenis van art. 48 Rv., of de rechtsbetrekking waarop de eis is gegrond inderdaad beantwoordt aan het objectieve recht.'

⁶⁷ Zie nr. 54, p. 75-76 (uitleg), respectievelijk nr. 55, p. 76 (kwalificatie). HR 7 januari 1944, ECLI:NL:HR:1944:107, NJ 1944/390: Het hof heeft aan de verklaringen van partijen en het daarop gevolgde stilzwijgen, al welke feiten ook door de verweerders waren aangevoerd, een anderen uitleg gegeven dan verweerders, maar art. 48 Rv (oud) laat de rechter daartoe de vrijheid bij de beoordeling of de aangevoerde feiten het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigen.

⁶⁸ Ook die taak komt bij Vriesendorp uiteraard volop aan de orde. Zie nr. 73 e.v., p. 101 e.v.

⁶⁹ HR 16 maart 1939, ECLI:NL:HR:1939:AG1906, NJ 1939/1048 (Rijwielzadel), door Vriesendorp besproken in nr. 92, p. 141-142.

⁷⁰ Als ik het goed zie, ligt het laatste element (op grond van de aangevoerde feiten is zakelijk hetzelfde rechtsgevolg ingeroepen) in het huidige art. 24 Rv besloten.

⁷¹ Zie Vriesendorp, noot 147 (p. 170).

⁷² Zie nr. 108 (p. 170). Vriesendorp verwijst op dit punt naar de NJ-noot van Ph.A.N. Houwing onder HR 12 december 1947, ECLI:NL:HR:1947:2, NJ 1948/608. Dat arrest ziet op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in verband met een beding in een cognossement volgens welke de Engelse rechter uitsluitend bevoegd was.

⁷³ Zie nr. 108 (p. 170-171).

⁷⁴ Zie nr. 123 (p. 205). Het valt op dat Vriesendorp op dit punt geen rechtspraak van de Hoge Raad vermeldt. Het lijkt erop dat hij zijn opvatting ontleent aan rechtspraak omtrent nietigheid in het algemeen. Vergelijk de volgende alinea van de hoofdtekst en voetnoot 76.

⁷⁵ Vergelijk eventueel nog de studiepocket van dezelfde auteur: J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 59-60, waar dezelfde driedeling is te vinden (respectievelijk dwingend recht van openbare orde, gewoon dwingend recht en dwingend recht waarop door de belanghebbende partij een beroep moet worden gedaan).

⁷⁶ Zie nr. 122 (p. 199). HR 11 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:139, NJ 1959/39: De rechter mag ambtshalve oordelen dat een overeenkomst of clause daarvan nietig is wegens gemis van een geoorloofde oorzaak wegens strijd met de goede zeden door misbruik van omstandigheden. HR 10 juni 1938, ECLI:NL:HR:1938:13, NJ 1939/411: Met betrekking tot de nietigheid op grond van art. 1377 BW (oud) (Pauliana) geldt dat het alleen aan de benadeelde staat om haar in te roepen. Vergelijk nog Asser-Rutten II 1982, p. 353 met betrekking tot de hoofdregel: 'Ook indien in een procedure geen beroep op de nietigheid is gedaan, moet de rechter – indien hij van de nietigheidsgrond op de hoogte is – zich ambtshalve op het standpunt stellen dat de rechtshandeling nietig is.'

⁷⁷ Opnieuw nr. 122 (p. 199).

⁷⁸ Nogmaals nr. 122 (p. 199).

⁷⁹ Zie nr. 112 (p. 179 e.v.). Vriesendorp ziet onder ogen dat nietigheid niet steeds de strekking van het vormvoorschrift is. Vergelijk thans art. 3:39 BW.

⁸⁰ R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, art. 48, aant. 1 (p. 332). Ook Vriesendorp ging ervan uit dat regeland recht ambtshalve wordt toegepast, uiteraard tenzij partijen een van het

aanvullende recht afwijkend beding zijn overeengekomen. Zie, nr. 108 (p. 170): '[Aanvullend recht mogen partijen] te allen tijde met onderling goedvinden terzijde stellen –, dan mag de rechter zo'n regel niet ambtshalve ex art. 48 bijbrengen. Maar als dat niet geschiedt, blijft regelend recht een niet opdrogende bron voor het aanvullen van rechtsgronden.'

⁸¹ Zie noot 22 bij art. 48 op p. 336.

⁸² C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem: Erven Bohn 1972, nr. 18 (p. 13): 'Dwingende voorschriften moet de rechter ambtshalve toepassen, ook zonder dat de partijen zich er op hebben beroepen; de partijen mogen er evenmin zelf van afwijken. Men noemt ze gewoonlijk voorschriften van openbare orde, omdat hun naleving een bijzondere op de voorgrond tredend algemeen belang wordt geacht, terwijl regelende voorschriften veeleer bedoelen te voorzien in bijzondere belangen van de betrokkenen.'

⁸³ F.M.J. Jansen, Burgerlijke Rechtsvordering (losbladig), oktober 1991, art. 48 Rv, aant. 5: 'Men mag voorts zeggen, dat in het materiële recht alle bepalingen van dwingend recht van openbare orde zijn. Verjaring en vernietigbaarheid zijn, als van regelend recht, niet ambtshalve toe te passen, verval daarentegen wel.' Anders dan Star Busmann/Rutten (zie nr. 206 slot), lijkt Jansen hier alle nuances te verklaren met het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht. Dat vernietigbaarheden inderdaad steeds van *aanvullend* recht zijn, lijkt mij niet juist. Wel veronderstelt vernietigbaarheid de mogelijkheid van bevestiging (art. 3:55 lid 1 BW).

⁸⁴ Zie W. Hugenholtz/W.M. Heemskerk, W. Heemskerk & K. Teuben, Hoofdstukken van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Dordrecht: Convoy 2021, nr. 125 (p. 183 onderaan). Vergelijking met voorgaande drukken leert dat deze passage reeds decennialang ongewijzigd is gebleven.

⁸⁵ Als ik het goed zie. Het boek heeft geen trefwoordenregister. In nr. 69 e.v. (p. 93 e.v.), waar diverse varianten van vonnissen en beschikkingen worden besproken, ontbreekt het verstekvonnis.

⁸⁶ R.P. Cleveringa, Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, art. 76, aant. 1 (p. 443).

⁸⁷ C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, Haarlem: Erven Bohn 1972, nr. 204 (p. 168-169).

⁸⁸ W. Hugenholtz/W.M. Heemskerk, Hoofdstukken van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Utrecht: Lemma 1996, nr. 60.

⁸⁹ M. Ynzonides, Verstek en verzet, diss. Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 51.

⁹⁰ Naar wie Ynzonides ook verwijst. Zie zijn voetnoot 5 op de aanhaalde plaats.

⁹¹ En naar de bespreking van die bepaling bij Asser/Hartkamp 4-II 1993/459.

⁹² TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 190.

⁹³ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191-192.

⁹⁴ Achtereenvolgens rechter in de rechtbank Amsterdam (1939), advocaat-fiscaal bij de Bijzondere Raad van Cassatie (1945), advocaat-generaal bij de Hoge Raad (1947) en procureur-generaal bij de Hoge Raad (1957). (Langemeijers loopbaan werd tijdens de bezetting onderbroken, omdat hij als gijzelaar in Sint-Michiëlgestel vast werd gezet.)

⁹⁵ Van 1903-1910.

⁹⁶ Zo ook J. Hijma, Nieuw nulliteitenrecht, WPNR 2017/7133, p. 14.

⁹⁷ Zoveel te meer over de juistheid van het onderscheid dat art. 3:40 BW maakt tussen enerzijds rechtshandelingen met een verboden inhoud en strekking (lid 1) en rechtshandelingen waarvan het aangaan door de wet wordt verboden (leden 2 en 3). Vergelijk Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1137 e.v.

⁹⁸ MvT Inv., Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 381-382.

⁹⁹ Achtereenvolgens rechter in de rechtbank Rotterdam (1961), raadsheer in de Hoge Raad (1971) en vice-president van de Hoge Raad (1986). (Van 1965-1970 onderbrak Snijders zijn rechterlijke loopbaan voor het werk aan het nieuwe Burgerlijk Wetboek als wetgevingsambtenaar.)

¹⁰⁰ Asser-Rutten-Hartkamp II 1985/250: 'Mogelijk is echter ook om met behulp van het voormelde

voorbehoud tot een tussenvorm tussen nietigheid en vernietigbaarheid te concluderen die onder omstandigheden een nog verdergaande bescherming kan bieden dan de sanctie van vernietigbaarheid. Men denke aan de figuur dat slechts de beschermde partij, niet de wederpartij of een derde, zich op de overtreding van de wet kan beroepen, doch dat de rechter de wetsbepaling (bijv. in een verstekprocedure) ook ambtshalve kan toepassen.' Vervolgens verwijst Hartkamp naar de memorie van toelichting bij de Invoeringswet, zevende gedeelte, als volgt: 'In dit verband is van belang dat uit het feit dat bestaande wetsbepalingen met een beschermend karakter, waarin met de wet strijdige rechtshandelingen nietig worden verklaard (bijv. in het arbeidsrecht en huurrecht), bij de invoeringswet Nieuw BW ongewijzigd zijn gelaten, niet mag worden afgeleid dat zij in het stelsel van de nieuwe wet noodzakelijkerwijze tot nietigheid van rechtswege zouden moeten leiden; zie de MvT bij de invoeringswet, zevende gedeelte, blz. 2.' Vergelijk de huidige druk, Asser/Sieburgh 6-III 2018/321, waar deze tekst licht gewijzigd is gehandhaafd.

¹⁰¹ W. Snijders, Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht, *Sociaal Recht* 2002/5, p. 137 e.v.

¹⁰² Zie p. 141 (rechter kolom).

¹⁰³ Opvallend is dat Snijders het doet voorkomen alsof de tussenvorm van een ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid rechtstreeks kan worden ontleend aan MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192 (hiervoor 4.41 aangehaald). Ik meen dat dit historisch niet geheel juist is. Zie hiervoor 4.43.

¹⁰⁴ Vergelijk voor een tegengeluid op dit punt: B.T.M. van der Wiel, *Maten van openbare orde*, MvV 2021/10, p. 323 e.v.

¹⁰⁵ MvT, Kamerstukken II, 1982-1983, 17779, nr. 3, p. 38.

¹⁰⁶ Enkele voorbeelden uit vele: art. 1530, 1623c lid 5, 1623n lid 4, 1631 lid 4, 1635a lid 4, 1635 lid 4, 1637j lid 3, 1637k lid 3, 1637l, 1672 en 1704 lid 2 BW (oud).

¹⁰⁷ Art. 1089 en 1166 BW (oud).

¹⁰⁸ Bijvoorbeeld art. 7:264, 7:399a, 7:399c en 7:616f BW.

¹⁰⁹ Voorbeelden uit zeer vele: art. 7:2 lid 4, 7:3 lid 1, 7:6 lid 1, 7:25 lid 2, 7:50i lid 2, 7:73 lid 1, 7:83, 7:117, 7:128c lid 1, 7:215 lid 6, 7:230a lid 9, 7:270 lid 3, 7:291 lid 1, 7:399, 7:417 lid 3 en 4, 7:418, 7:468, 7:628 lid 12 BW (enzovoort).

¹¹⁰ MvT, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 162. Ik krijg de indruk dat althans sommige moderne literatuur het verbod van art. 24 Rv wel degelijk strenger opvat dan onder het oude recht gangbaar. Volgens T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Rv, aant. 2 valt een kwalificatie van de feiten die niet door partijen naar voren is gebracht in het algemeen buiten de rechtsstrijd en maakt de rechter zich met een zodanige kwalificatie daarom schuldig aan een verboden aanvulling van feitelijke gronden. Vergelijk hiermee bijvoorbeeld HR 9 maart 1956, ECLI:NL:HR:1956:83, NJ 1956/260: Loonvordering door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard omdat eiseres haar vordering deed steunen op art. 9 jo. 6 BBA 1945, maar daartoe niet stelde dat de werkgever haar zonder vergunning had ontslagen, doch dat hij haar niet had te werk gesteld in de volgens eiseres onjuiste opvatting dat zij ontslag genomen had. De Hoge Raad vernietigde omdat de rechtbank ingevolge art. 48 Rv (oud) ambtshalve en onafhankelijk van enige door eiseres aangehangen rechtsbeschouwing had te onderzoeken of de door eiseres gestelde feiten haar vordering konden dragen, en zij deze vraag bevestigend had moeten beantwoorden. Vergelijk in dit verband de terechte waarschuwing van R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2011, p. 120: 'Het gevaar bestaat dat het voorschrift dat de rechter de rechtsgronden moet aanvullen, wordt uitgehold door de regel dat geen rechtsfeiten mogen worden aangevuld. Het gebod van art. 25 wordt wel erg mager wanneer het slechts inhoudt dat de rechter gehouden is een "juridische vertaalslag" te maken van alle door partijen reeds aangevoerde rechtsfeiten. De bepaling heeft een ruimere strekking...'

¹¹¹ MvT, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 346.

¹¹² H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, nr. 92. Ik schrijf deze bron alleen aan Snijders toe, omdat zakelijk hetzelfde te lezen is in de laatste druk van genoemd werk: H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/47, terwijl uit het voorwoord van deze editie blijkt dat het desbetreffende hoofdstuk

van de hand van (alleen) Snijders is.

¹¹³ Wat betreft het beroep van Snijders op L.D. Pels Rijcken, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep, in: Een goede procesorde (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 163 e.v. is lastiger te zeggen of het terecht is. Op de pagina waarnaar Snijders in het bijzonder verwijst (p. 178), zegt Pels Rijcken dat de begrippen openbare orde en dwingend recht niet mogen worden vereenzelvigd. Dat een dergelijke vereenzelving onjuist is, bewijst hij vervolgens met het bestaan van nietigheidsregels die moeten worden ingeroepen. Snijders leest hierin kennelijk dat er (ook) volgens Pels Rijcken maar twee smaken zijn: óf een regel is van openbare orde en wordt daarom ambtshalve door de rechter toegepast, óf een regel is niet van openbare orde en wordt daarom niet ambtshalve toegepast. Het is echter niet vanzelfsprekend dat Pels Rijcken in die zin moet worden gelezen. Ook Vriesendorp, voor wie er *drie* smaken waren, vereenzelvigde de begrippen openbare orde en dwingend recht niet (hiervoor 4.27). Dat Pels Rijcken het toch in de zin van Snijders bedoelde, lijkt mij weinig aannemelijk, omdat de rode draad van de bijdrage van Pels Rijcken is dat een partij niet het slachtoffer mag worden van de onbekwaamheid van haar advocaat.

¹¹⁴ H.J. Snijders, Maten van dwingend recht, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, Contractsvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 153 e.v.

¹¹⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 922. Zie het citaat bij Snijders op p. 153 en zijn vraagstelling op p. 154.

¹¹⁶ Zie p. 165. Vergelijk ook p. 164.

¹¹⁷ Op deze plaats verwijst Snijders naar MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191, hiervoor 4.41 aangehaald.

¹¹⁸ Snijders (p. 165) haalt Asser/Hartkamp 4-II 1997/460 en 464 aan, maar niet nr. 250 met betrekking tot ambtshalve toe te passen vernietigbaarheid in het geval van eenzijdig dwingend recht.

¹¹⁹ A.S. Hartkamp, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees en naar Nederlands recht, Deventer: Kluwer 2007.

¹²⁰ Hartkamp a.w. p. 15 e.v.

¹²¹ Hartkamp a.w. p. 17.

¹²² Hartkamp a.w. p. 18.

¹²³ HvJ EG 14 december 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD4743, NJ 1997/116 (Van Schijndel) en HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1929, NJ 1997/118 m.nt. H.J. Snijders en P.J. Slot (Van Schijndel).

¹²⁴ HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR0285, NJ 2005/118 m.nt. M.R. Mok ([...]).

¹²⁵ Hartkamp a.w. p. 20.

¹²⁶ Nogmaals p. 20. Het lijkt erop dat Hartkamp een verschil zag met de literatuur over materieel burgerlijk recht, waaronder Asser-Rutten en zijn eigen Asser-Hartkamp. Zie voetnoot 31 op p. 21 van zijn rede.

¹²⁷ H.J. Snijders, WPNR 2008/6761, p. 545.

¹²⁸ Daarbij gaat hij ervan uit dat dit uit de processtukken moet blijken. Dat was bij de stand van de rechtspraak in 2008 mogelijk verdedigbaar, maar is in ieder geval sinds het arrest [...] (2013) achterhaald: de rechter doet ook ambtshalve onderzoek naar oneerlijke bedingen, zodra hij vermoedt dat een overeenkomst onder het bereik van de richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is (hierna 5.3 onder a).

¹²⁹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans ([...]/[...]), onder 3.6.1 en 3.9.2.

¹³⁰ Reactie: Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, WPNR 2008/6779, p. 977-981.

¹³¹ Naschrift, WPNR 2008/6779, p. 981-982.

¹³² In gelijke zin zijn meest recent publicatie over de kwestie: A.S. Hartkamp, Ambtshalve toepassing in het Unierecht en het Nederlandse privaatrecht na het arrest van de Hoge Raad inzake Stichting Intermaris, in: R.H. de Bock e.a., Voor Daan Asser: Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 131 e.v. (zie in het bijzonder p. 132).

¹³³ Beide worden samen genomen in HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2655, NJ 1998/625, waar de taak van de rechter op grond van art. 48 Rv (oud) wordt geformuleerd als 'de verplichting om

ambtshalve en onafhankelijk van enige door die partij aangehangen rechtsbeschouwing te onderzoeken of de door deze tijdens het geding aan haar vorderingen ten grondslag gelegde feiten die vordering kunnen dragen.’

¹³⁴ Onder meer in het geval van consumentenkoop is sprake van eenzijdig dwingend recht, art. 7:6 lid 1 BW.

¹³⁵ Het klassieke geval van het *Rijwielzadelarrest*, hiervoor 4.27.

¹³⁶ Voor nuances zie art. 6:119a lid 5 BW en voor een geval van eenzijdig dwingend recht lid 6 van dat artikel.

¹³⁷ HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1710, NJ 2020/408 (Q-Park/Deka) en HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:596, NJ 2022/171 (Wiefferink/Poldanor). Idem met betrekking tot de ingangsdatum van gevorderde wettelijke rente: HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1785, NJ 2021/86 m.nt. F.M.J. Verstijlen (UTB/Glencore), onder 3.4.2.

¹³⁸ HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:596, NJ 2022/171 (Wiefferink/Poldanor), onder 3.2.

¹³⁹ WPNR 2008/6779, p. 979.

¹⁴⁰ Namelijk buiten het geval van EU-recht dat *gelijkwaardig* is aan nationaal recht van openbare orde. Vergelijk W.D.H. Asser, *De rechter en de rechtsgronden*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, p. 351: ‘Snijders heeft gelijk dat de opvatting van Hartkamp niet past in de huidige leer ten aanzien van de aanvulling van rechtsgronden. Die houdt in dat alleen in gevallen waarbij de rechtsgrond van openbare orde is (of van daarmee gelijk te stellen karakter, zie de vorige paragraaf), de rechter deze zal moeten toepassen, ook al treedt hij buiten de rechtsstrijd.’

¹⁴¹ ‘Grotendeels’: er blijft immers verschil met het hoogste niveau van rechterlijke activiteit, omdat binnen de grenzen van de rechtsstrijd de ongeldigheid van de rechtshandeling uit de ten processe vaststaande feiten moet volgen. Op het bedoelde hoogste niveau onderzoekt de rechter zelfstandig, zo nodig met maatregelen van instructie.

¹⁴² Niet iedereen. Asser/Sieburgh 6-III 2018/321 en 609 bespreekt de figuur van een ambtshalve toe te passen vernietiging niet alleen in het verband van het Europese consumentenrecht, maar ook in dat van nationaal dwingend recht, in het bijzonder in het arbeids- en huurrecht. Idem Asser/Valk 7-III 2020/32 met betrekking tot het pachtrecht. Ook Plv. P-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2021:757) vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Arvato), onder 5.24.1, bespreekt de figuur van een ambtshalve uit te spreken vernietiging in een algemene zin, namelijk die van strijd met een dwingende wetsbepaling die strekt tot bescherming van een van partijen. De mogelijkheid van een ruimere toepassing van de overgangsfiguur van een ambtshalve toe te passen vernietiging wordt ook besproken door J. Hijma, *Nieuw nulliteitenrecht*, WPNR 2017/7133, p. 14-15, maar deze auteur voelt daarvoor niet. Mijns inziens gaat Hijma ten onrechte ervan uit dat de begrippen ‘nietigheid’ en ‘vernietigbaarheid’ in beginsel beslissend zijn voor de mate waarin de rechter actief is. Vergelijk voetnoot 61.

¹⁴³ A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2012.

¹⁴⁴ Zie in het bijzonder nr. 51-52 (p. 27-28).

¹⁴⁵ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans ([...]/[...]).

¹⁴⁶ Onder 3.6.1 citeert uw Raad HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse), onder 42-45.

¹⁴⁷ Vergelijk met betrekking tot de rechtspraak van na 2013 onder meer HvJEU 17 mei 2018, C-147/16, EU:C:2018:320 (Karel de Grote Hogeschool), onder 35.

¹⁴⁸ Wat de moderne literatuur zegt over de ambtshalve toetsing aan EU-consumentenrecht, waaronder de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen, blijft buiten beschouwing.

¹⁴⁹ Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2022/100.

¹⁵⁰ C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, p. 52-53.

¹⁵¹ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 125.

- ¹⁵² A.I.M. van Mierlo, T&C Rv, art. 25, aant. 2 onder b.
- ¹⁵³ P. de Bruin & P. Smits, SDU-commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25 Rv, C.2. Weinig duidelijk is de formulering bij deze auteurs dat de rechter een op de vordering of het verweer toepasselijke maar niet ingeroepen wetsbepaling ambtshalve toepast en dat dit 'in het bijzonder' geldt voor regels van openbare orde.
- ¹⁵⁴ G.J. Meijer & P.E. Ernste, De Arbitragewet 2015, bezien in het licht van dwingend recht en regelend recht, RM Themis 2015, p. 98.
- ¹⁵⁵ S.A.M. de Loos-Wijker, GS Vermogensrecht, titel 3:2 BW, aant. 19.5.2.1, nota bene onder verwijzing naar Vriesendorp, die echter slechts zegt dat er dwingend recht bestaat dat niet van openbare orde is en daarom niet *buiten* de grenzen van de rechtsstrijd wordt toegepast.
- ¹⁵⁶ H.J. Van Kooten, GS Vermogensrecht, art. 3:40 BW, aant. 6.4.
- ¹⁵⁷ Vergelijk F.J.P. Lock, Ambtshalve rechtstoepassing tijdens de mondelinge behandeling, in: D. de Groot en H. Steenberghe (red.) De mondelinge behandeling in civiele zaken, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 352: 'Waar uit [...] [...] en /Ru-Pro de conclusie wordt getrokken dat de Hoge Raad daarmee in zijn algemeenheid (en dus ook voor de rechter in eerste aanleg) grenzen heeft gesteld aan rechterlijke suggesties tot aanvulling van de feitelijke grondslag van vordering of verweer, wordt daarin meer gelezen dan er staat en naar mijn overtuiging is bedoeld.'
- ¹⁵⁸ In gelijke zin met betrekking tot verstekzaken C.J-A. Seinen & A.G.F. Ancery, Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen?, TCR 2015, p. 83-84, die in dat verband zelfs poneren dat 'er geen dwingend recht bestaat (...), dat niet ambtshalve door de rechter dient te worden toegepast.'
- ¹⁵⁹ P.A. Fruytier, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 139 Rv, aant. 9.1.
- ¹⁶⁰ E.F. Groot & P.E.M. Messer-Dinnissen, SDU-commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, art. 139 Rv, C.3, onder verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2865.
- ¹⁶¹ M. van de Hel-Koedoot, T&C Rv, art. 139, aant. 2 onder e.
- ¹⁶² W. Hugenholtz/W.M. Heemskerk, W. Heemskerk & K. Teuben, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021, nr. 125. Het valt op dat de t.a.p. benoemde voorbeelden van regels van dwingend recht uitsluitend aan het procesrecht ontleend zijn. Enige aanwijzing dat met betrekking tot dwingend recht uit onder meer het Burgerlijk Wetboek iets anders zou gelden, lees ik op de aangehaalde plaats echter niet.
- ¹⁶³ W. Hugenholtz/W.M. Heemskerk, W. Heemskerk & K. Teuben, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021, nr. 62.
- ¹⁶⁴ F.J.P. Lock, Ambtshalve rechtstoepassing tijdens de mondelinge behandeling, in: D. de Groot en H. Steenberghe (red.) De mondelinge behandeling in civiele zaken, Den Haag: Boom juridisch 2019. p. 287.
- ¹⁶⁵ Vergelijk in het bijzonder p. 334 e.v.
- ¹⁶⁶ A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Compendium Burgerlijk procesrecht 2021/2.9.2.
- ¹⁶⁷ T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25 Rv, aant. 6.
- ¹⁶⁸ G.C.C. Lewin, Ambtshalve toepassen van rechtsregels, TCR 2011, p. 12 e.v. (in het bijzonder p. 15).
- ¹⁶⁹ Zie rechtsoverweging 2.25 van het tussenvonnissen van 19 november 2021: 'De regels [van art. 7:408 BW] strekken naar huidig recht niet ter bescherming van zodanige zwaarwegende belangen dat zij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast moeten worden.'
- ¹⁷⁰ Vergelijk art. 6:211 BW.
- ¹⁷¹ HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (Gemeente Heerlen/Whizz).
- ¹⁷² Het arrest onder 3.3.
- ¹⁷³ Zo begrijp ik ook B.J. Drijber in zijn annotatie van het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz* in Ondernemingsrecht 2009/119: 'Openbare orde is dus voor alles een procesrechtelijke notie. Het gaat om regels waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen, ook als partijen er geen beroep op hebben

gedaan. Het verschil met de algemene verplichting tot aanvulling van rechtsgronden (art. 25 Rv) is dat de rechter daarbij zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd moet treden en niet beperkt wordt door de feiten die de partij in wiens belang toepassing van de betrokken rechtsregel is, aan zijn vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd.'

¹⁷⁴ HvJ EG 1 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000/339 m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2000/340 (Eco Swiss/Benetton); HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343 NJ 2009/432 m.nt. Mok (T-Mobile), onder 49. Vergelijk H.B. Krans, H.H.B. Vedder & M.H. Wissink, *Ambtshalve toetsing van overeenkomsten aan het kartelverbod*, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2005, p. 5-33.

¹⁷⁵ HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, NJ 2020/406 m.nt. H.B. Krans (Rabobank), onder 3.6.

¹⁷⁶ H.B. Krans, NJ 2020/406 onder 11 lijkt het arrest wel zo te lezen.

¹⁷⁷ In dit verband is er nog op te letten dat met betrekking tot de verhouding tot art. 25 Rv en het grievenstelsel door uw Raad de 'enge leer' is aanvaard, in de zin dat de appelrechter in gewone gevallen (namelijk buiten het geval van strijd met de openbare orde) op een onjuiste rechtsopvatting van de rechter in eerste aanleg moet voortbouwen, behoudens daartegen gerichte grieven en de positieve zijde van de devolutieve werking. Zie HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513, NJ 2004/138 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Drie-S/Mammoet), onder 3.4 en HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5988, NJ 2008/540, onder 3.3. Vergelijk E. van Geuns & M.V.E.E. Jansen, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 347 Rv, aant. 6, en zie voor een uitvoerige behandeling van de bedoelde enge leer en de daartegenover staande ruime leer: H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 43 e.v.

¹⁷⁸ Dit is naar aanleiding van HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ([...]/[...]) reeds gesignaleerd door F.P.J. Lock, *Ambtshalve toetsing in hoger beroep: Over de omvang van het hoger beroep en het door de grieven ontsloten gebied*, TCR 2014, p. 45 e.v. (in het bijzonder p. 48 e.v., waar de auteur spreekt van 'spraakverwarring').

¹⁷⁹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214 m.nt. H.B. Krans (Trudo).

¹⁸⁰ Ik deel de voorkeur van Lock t.a.p. (voetnoot 178) om de term 'grenzen van de rechtsstrijd' in het vervolg alleen te gebruiken in de betekenis van art. 25 Rv. In plaats van de term 'grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep' kan beter worden gesproken over de omvang van het hoger beroep. Dat is precies wat het is en er ontstaat geen verwarring met de grenzen van de rechtsstrijd in de zin van art. 25 Rv.

¹⁸¹ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282 m.nt. J. Hijma (Gratis mobiele telefoon II).

¹⁸² Het artikel is per 1 januari 2017 vervallen (Stb. 2016/360 en 438).

¹⁸³ Zie het arrest *Gratis mobiele telefoon II* onder 3.9 met betrekking tot het Europese consumentenrecht van Titel 2A van Boek 7 BW. De 'eenzelfde benaderingswijze' als onder 3.11.2 van het arrest bedoeld, zal ook dit element omvatten. Vergelijk ook hierna 5.3 onder d en 5.4 met betrekking tot de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen.

¹⁸⁴ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704, NJ 2017/113 m.nt. S.D. Lindenbergh (Fa-Med)

¹⁸⁵ Ook Plv. P-G Wissink begrijpt het arrest *Fa-Med* zo dat mogelijk is dat bepalingen van dwingend recht ambtshalve dienen te worden toegepast, ook al betreft het geen bepalingen van openbare orde. Zie conclusie vóór (ECLI:NL:PHR:2021:757) voorafgaand aan HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Arvato), onder 6.7.1-6.7.2. Wissink zoekt de verklaring voor de ambtshalve toepassing in de beschermende strekking van art. 6:96 lid 6 BW. Dit is in zoverre juist dat die beschermende strekking vanzelfsprekend maakt dat een beroep door de consument-schuldenaar op de nietigheid of vernietigbaarheid van met het dwingende recht strijdige bedingen niet nodig is. Het zal de lezer echter duidelijk zijn dat mijns inziens de ambtshalve toepassing niet een bijzondere rechtvaardiging behoeft, omdat zij *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt. Eventueel zou daaraan kunnen doen twifelen dat de wetsgeschiedenis spreekt van een vernietigbaarheid, maar in het licht van wat hiervoor 4.46 e.v. is gezegd over ambtshalve toe te passen vernietigbaarheden in het geval van eenzijdig dwingend recht, is zulke twijfel niet terecht. Ten overvloede biedt de wetsgeschiedenis van art. 6:96 leden 5-8 BW daarvan de bevestiging. Zie met betrekking tot ambtshalve vernietiging wegens strijd met eenzijdig dwingend

recht *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd in consumentenzaken ook hierna 4.122.

¹⁸⁶ Om die reden ook lees ik in het verschil in formulering in het arrest *Fa-Med* tussen wat de rechter 'moet' in verstekzaken en waartoe hij 'bevoegd' is in zaken op tegenspraak, niet iets bijzonders. Ook in zaken op tegenspraak moet de rechter de deugdelijkheid van de vorderingsgrondslag onderzoeken. Vergelijk Plv. P-G Wissink in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2021:757) vóór HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Arvato), onder 6.7.2 en 6.8, die de vraag opwerpt of de toets in verstekzaken ruimer is dan in zaken op tegenspraak, maar die vraag uiteindelijk ontkennend beantwoordt.

¹⁸⁷ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders (Intermaris).

¹⁸⁸ HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8362, RvdW 2012/1529.

¹⁸⁹ De namen van partijen zijn op rechtspraak.nl geanonimiseerd, zodat mag worden verondersteld dat inderdaad sprake is van geldlening tussen twee niet-professionele partijen.

¹⁹⁰ Vergelijk de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2012:BX8362), onder 1.3.

¹⁹¹ In die zin luidde ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2012:BX8362), onder 2.5.

¹⁹² HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7064, NJ 2013/6 m.nt. H.J. Snijders ([...]/Ru-Pro).

¹⁹³ HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, NJ 2013/7 m.nt. H.J. Snijders ([...]/[...]).

¹⁹⁴ Het arrest [...]/Ru-Pro betref het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW. Het arrest [...]/[...] betref een door het hof uit art. 3:40 lid 1 BW afgeleide nietigheid (inhoud van de rechtshandeling in strijd met de openbare orde en goede zeden) in verband met het fundamentele recht op eigendom.

¹⁹⁵ In beide gevallen had het hof de nietigheid ambtshalve bijgebracht ná de eerste conclusiewisseling in hoger beroep.

¹⁹⁶ W.D.H. Asser, De rechter en de rechtsgronden, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, p. 351-352.

¹⁹⁷ Zie p. 345.

¹⁹⁸ F.J.P. Lock, Ambtshalve rechtstoepassing tijdens de mondelinge behandeling, in: D. de Groot en H. Steenberghe (red.) De mondelinge behandeling in civiele zaken, Den Haag: Boom juridisch 2019. p. 335-336.

¹⁹⁹ Conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:154) HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, NJ 2020/406 m.nt. H.B. Krans (Rabobank), onder 71.

²⁰⁰ A.S. Hartkamp, Ambtshalve toepassing in het Unierecht en het Nederlandse privaatrecht na het arrest van de Hoge Raad inzake Stichting Intermaris, in: R.H. de Bock e.a., Voor Daan Asser: Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 141-142.

²⁰¹ R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2011, p. 122 e.v.; R.H. de Bock, Feitenonderzoek tijdens de mondelinge behandeling, in: D. de Groot en H. Steenberghe (red.) De mondelinge behandeling in civiele zaken, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 209 e.v. (in het bijzonder p. 219-220).

²⁰² MvT, Kamerstukken II, 35498, nr. 3, p. 11, 22 en p. 33 e.v. Vergelijk onder meer het voorbeeld op p. 35 (cursivering toegevoegd): 'Vanwege de verstrekkende gevolgen van een ontslag op staande voet alsook vanwege de mogelijke precedentwerking die van rechterlijke uitspraken uitgaat, staat het de rechter vrij om het voldoen aan *dwingendrechtelijke* bepalingen met partijen te bespreken.'

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

²⁰⁴ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans ([...]/[...]).

²⁰⁵ Ik beperk mij op deze plaats tot de ambtshalve toetsing door de rechter in zijn gewone rol. De ambtshalve toetsing door een voorzieningenrechter bij de beoordeling van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis (art. 1062 Rv), laat ik op deze plaats buiten beschouwing. Die toetsing komt intussen hierna 5.31 e.v. en 5.44 alsnog aan de orde in verband met de duiding van

wat het *Intermaris*-arrest zegt over toetsing aan de zwarte lijst respectievelijk nationaal consumentenrecht.

²⁰⁶ Vergelijk HvJ EU 11 maart 2020, C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188, NJ 2020/374 m.nt. M.B.M. Loos (Lintner), onder 34.

²⁰⁷ Alles vaste rechtspraak sinds HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans ([...]/[...]), onder 3.9.1 en 3.9.2. Vergelijk HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214 m.nt. H.B. Krans (Trudo) voor een verduidelijking wat betreft de door de appelrechter in acht te nemen grenzen van de rechtsstrijd: de appelrechter is niet bevoegd of gehouden tot het onderzoek of een bepaald beding dat op zichzelf onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt, als oneerlijk in de zin van de richtlijn heeft te gelden, indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen. In verband met dit laatste is nog te letten op de recente uitspraak HvJEU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397 (Unicaja Banco), waaruit lijkt te volgen dat onder bijzondere omstandigheden de (gewone) omvang van het hoger beroep niet bepalend is.

²⁰⁸ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ([...]/[...]), onder 3.9.1 vergeleken met HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 (Intermaris), onder 2.5.7.

²⁰⁹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ([...]/[...]), onder 3.7.3.

²¹⁰ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders (Intermaris), onder 2.5.7, te lezen in verband met HvJ EU 11 maart 2020, C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188, NJ 2020/374 m.nt. M.B.M. Loos (Lintner) en HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819, NJ 2020/277 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Dziubak).

²¹¹ HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse).

²¹² Vergelijk HvJEU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (Kásler): art. 4 lid 2 van de richtlijn moet strikt worden uitgelegd, omdat het een beperking vormt op de door de richtlijn beoogde consumentenbescherming.

²¹³ Tussenvonnissen van 11 september 2020, onder 4.3.

²¹⁴ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830, JOR 2020/36 m.nt. H. Scholten, AA 2020/0179 m.nt. D. Busch (Euriborhypotheke).

²¹⁵ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.1, onder verwijzing naar HvJEU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (Andriciuc/Banca Românească), onder 54.

²¹⁶ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.1, onder verwijzing naar HvJEU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger/Finway), onder 95 en HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, NJ 2017/347, onder 3.3.3.

²¹⁷ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.2, onder verwijzing naar HvJEU 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), onder 22.

²¹⁸ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.2.

²¹⁹ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.3, onder verwijzing naar HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68 m.nt. S.D. Lindenbergh (AOV-polis), onder 3.8.2 en 3.8.3, en wat betreft de Europese rechtspraak: HvJEU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374 m.nt. M.R. Mok (Aziz/Catalunyacaixa), onder 68, en HvJEU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, NJ 2014/247, m.nt. M.R. Mok (Constructora Principado/Menédez Álvarez), onder 22 en 23.

²²⁰ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.2.3, onder verwijzing naar HvJEU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374 m.nt. M.R. Mok (Aziz/Catalunyacaixa), onder 69.

²²¹ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.3 onder verwijzing naar HvJEU 26 april 2012, zaak C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, NJ 2012/404, m.nt. M.R. Mok (Nemzeti/Invitel), onder 26.

²²² HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheke), onder 3.3 onder verwijzing naar

HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41 m.nt. H.B. Krans (SEBA/Amsterdam I), onder 5.1.6.

²²³ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.4 onder verwijzing naar HvJEU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, NJ 2018/188 m.nt. Th.M. de Boer (Verein für Konsumenteninformation/Amazon), onder 68.

²²⁴ Hetzelfde volgt uit het herzieningsverbod. Zie hierna 5.50 onder p.

²²⁵ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.5. Met betrekking tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt mutatis mutandis hetzelfde. Zie opnieuw HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.6 (slot). Ook mag een boetebeding niet niet-oneerlijk worden geoordeeld op de grond dat de in het beding bedongen boete met toepassing van art. 6:94 BW kan worden gematigd. Zie reeds HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse). Met betrekking tot een eerlijk bevonden boetebeding is matiging uiteraard mogelijk.

²²⁶ Vergelijk HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, NJ 2022/90 m.nt. D.W.F. Verkade, onder 3.2.2 (met betrekking tot de vergelijkbare verhouding tussen de norm van art. 25f lid 2 Aw en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid).

²²⁷ HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/326 m.nt. M.B.M. Loos (Dexia Nederland).

²²⁸ Uit de wetsgeschiedenis van art. 6:237 BW volgt dat de wetgever met het wettelijke vermoeden van dat artikel een omkering van de bewijslast beoogde. Zie MvT, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1650 en vergelijk W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 6:237 BW.

²²⁹ In praktische zin kan het verschil grotendeels wegvallen, namelijk als de feiten vanzelf spreken. Of de opdrachtgever een consument is, zodat het eenzijdige dwingende recht van art. 7:413 jo. 7:408 lid 3 BW van toepassing is, kan onduidelijk zijn. Beslissen binnen de grenzen van de rechtsstrijd betekent dat de rechter niet verplicht is daarnaar onderzoek te doen. Met betrekking tot de overeenkomst van opdracht die bestaat in het bieden van kinderopvang is echter niet goed voorstelbaar dat onduidelijk is dat de opdrachtgever een consument is; dat spreekt vanzelf. In het geval van kinderopvang is daarom in praktische zin het verschil tussen een toetsing aan dwingend recht *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd en een toetsing van oneerlijke bedingen met een verplicht actieve rechter, aanzienlijk geringer.

²³⁰ Vergelijk HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, RvdW 2018/690, onder 3.6 (in het bijzonder het slot).

²³¹ Vergelijk M.H. Wissink, Onroerend goed en algemene voorwaarden: De betekenis van Richtlijn 1993/14 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, WPNR 2018/7179, p. 72: 'Waar het Nederlandse recht meer bescherming aan consumenten biedt dan de Richtlijn – zoals bij de dwingende zwarte en grijze lijsten van de art. 6:236-237 BW – kan deze worden gehandhaafd omdat de Richtlijn slechts minimumharmonisatie beoogt en verdergaande nationale maatregelen dus toelaat.'

²³² HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.2.2 (hiervoor 5.9 onder i weergegeven).

²³³ Mijns inziens zit er geen licht tussen de definitie van consumentenovereenkomst van art. 1 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen en het toepassingsbereik van de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW.

²³⁴ Vergelijk het debat tussen J.H. Meerburg en C.M.D.S. Pavillon in TBR 2016/86 voorafgaand aan het dadelijk te bespreken arrest *Intermaris*. Volgens Meerburg bracht het nationaalrechtelijke karakter van de zwarte lijst mee dat daarop door de consument een beroep moet worden gedaan. Pavillon verzette zich daartegen als volgt: 'Anders dan Meerburg veronderstelt, raakt de plicht om de oneerlijkheid en dus niet-bindendheid van bedingen in consumentenovereenkomsten ambtshalve vast te stellen rechtstreeks aan de Nederlandse onredelijk bezwarend-toets. Dit hangt samen met de wijze waarop Europese richtlijnen in het nationale recht doorwerken. Een Europese richtlijn dient te worden geïmplementeerd in nationaal recht, waarna het nationale recht in conformiteit met de richtlijn moet worden uitgelegd. Een richtlijn heeft geen directe werking: rechtstreeks toetsen aan de richtlijn zit er dus niet bij. De Richtlijn oneerlijke bedingen is omgezet in het Burgerlijk Wetboek, meer in het bijzonder in afdeling 6.5.3 BW. De oneerlijkheidstoets zelf is omgezet in art. 6:233 onder a BW en de

nationale grijze en zwarte lijsten. De verplichting om ambtshalve te toetsen in de B2C-verhouding betreft naar nationaal recht dus de artikelen 6:233 onder a, 6:236 en 6:237 BW. Er kan geen onderscheid worden gemaakt tussen de oneerlijkheidstoets en de onredelijk bezwarend-toets omdat het om een en dezelfde norm gaat. Naar Nederlands recht kan slechts de onredelijk bezwarend-toets worden toegepast (en niet de oneerlijkheidstoets). Wel dient de onredelijk bezwarend-toets conform de oneerlijkheidstoets te worden uitgelegd...’ Vergelijk ook voetnoot 236 met betrekking tot de annotatie van Pavillon van het arrest *Intermaris*.

²³⁵ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders (*Intermaris*).

²³⁶ Zo wordt het arrest gelezen door C.M.D.S. Pavillon in haar annotatie van het arrest in TBR 2019/177, naar aanleiding waarvan zij de desbetreffende overweging bestrijdt, als niet recht doende aan de wijze waarop de Richtlijn oneerlijke bedingen in het Nederlandse recht is omgezet. Volgens Pavillon brengt uw Raad ten onrechte een scherp onderscheid aan tussen nationaal en Europees recht en worden de procesrechtelijke en materieelrechtelijke aspecten van de doorwerking van Europees recht in het nationale privaatrecht met elkaar vermengd. Ook H.J. Snijders, NJ 2020/305 (onder 3) lijkt het arrest *Intermatis* zo te lezen dat het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter verklaart waarom art. 6:236 onder n BW ambtshalve wordt toegepast. Uitgaande van die lezing zegt hij terecht dat de hanteerbaarheid van het recht aldus ‘tot het uiterste’ beproefd wordt. Met waardering voor de posities van Pavillon en Snijders, meen ik dat een andere lezing van het arrest *Intermaris* voor de hand ligt.

²³⁷ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders (*Intermaris*), onder 2.9.3 (in verband met het dwingende recht van art. 6:96 lid 6 BW), onder verwijzing naar HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 m.nt. H.J. Snijders, onder 4.2.

²³⁸ Vergelijk hiervoor voetnoot 228 met betrekking tot de wetsgeschiedenis van art. 6:237 BW.

²³⁹ Geheel vergelijkbaar met de zwarte lijst is de bepaling van art. 7:6 lid 2 BW. Ook de daar bedoelde bedingen in algemene voorwaarden gelden, omdat zij onredelijk bezwarend tegenover de consumentenkoper zijn, daarmee ook als oneerlijk in de zin van de richtlijn.

²⁴⁰ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders (*Intermaris*).

²⁴¹ Op deze plaats wordt in een voetnoot verwezen naar HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, onder 4.2.

²⁴² M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 188: ‘Een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met dwingend recht, zal daarmee tevens onredelijk bezwarend zijn.’ Ik neem aan dat Loos ook bedoelt: ‘oneerlijk’. A-G Wissink heeft de kwestie in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:889) vóór HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, NJ 2017/421 (Tio Teach) in het midden gelaten, althans zo lees ik hem. Dat kon omdat het hof in die zaak in concreto op oneerlijkheid had getoetst en daartegen in cassatie geen klacht was gericht. Intussen vermeldt Wissink in voetnoot 39 van zijn conclusie de opvatting van Loos op de volgende wijze: ‘M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2013/188, wijst erop dat strijd met dwingend recht volstaat om het beding onredelijk bezwarend te achten.’ Mogelijk is dit te lezen als een instemming met de opvatting van Loos. Vergelijk ook de conclusie onder 2.21: ‘De dwingendrechtelijke bescherming die wordt geboden door de bepalingen in het BW over opdracht [kan] dus worden gebruikt om invulling te geven aan de norm van Richtlijn 1993/13/EEG respectievelijk art. 6:233 onder a BW.’ Vergelijk met betrekking tot de positie van Wissink nader de aanhaling in voetnoot 231. Wel gaat Wissink in het vervolg van zijn conclusie uit van een voorrang van de rechtsgevolgen van dwingend recht boven die van oneerlijkheid. De vraag of dit juist is, komt hierna 5.61 e.v. aan de orde.

²⁴³ C.M.D.S. Pavillon, ‘Op de blaren zitten?’ Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties, *TvC* 2018/1, p. 3 (linker kolom).

²⁴⁴ Hieronder valt mede te begrijpen het schrappen van enkel een oneerlijk onderdeel van een beding, waardoor de inhoud van het beding substantieel wijzigt; ook een zodanige herziening van een oneerlijk beding is niet toegelaten. Zie HvJ EU 29 april 2021, ECLI:EU:C:2021:341, NJ 2021/342 m.nt. M.B.M. Loos (*Bank BPH*).

²⁴⁵ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (*Euriborhypotheke*), onder 3.5 onder verwijzing naar HvJEU 21 december 2016, C-154-15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/213 m.nt.

V.P.G. de Serière (Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco e.a.), onder 56-61.

²⁴⁶ Hetzelfde volgt uit het transparantievereiste. Zie hiervoor 5.9 onder n.

²⁴⁷ HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.5. Met betrekking tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt mutatis mutandis hetzelfde. Zie opnieuw HR 22 november 2019, ECLI:HR:2019:1830 (Euriborhypotheken), onder 3.6 (slot). Ook mag een boetebeding niet niet-oneerlijk worden geoordeeld op de grond dat de in het beding bedongen boete met toepassing van art. 6:94 BW kan worden gematigd. Zie reeds HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse). Met betrekking tot een eerlijk bevonden boetebeding is bij de toepassing ervan matiging uiteraard mogelijk.

²⁴⁸ HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, NJ 2021/326 m.nt. M.B.M. Loos (Dexia Nederland).

²⁴⁹ HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68 (Dexia Nederland), onder 62-67.

²⁵⁰ HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68 (Dexia Nederland), onder 64, onder verwijzing naar onder meer HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (Kásler/Jelzálogbank), onder 79.

²⁵¹ HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819, NJ 2020/277 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Dziubak).

²⁵² HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819 (Dziubak), onder 62. Opvallend in dit verband is de ruimte die het Duitse Bundesgerichtshof nog ziet voor 'ergänzende Vertragsauslegung' aan de hand van § 133 en 157 BGB ('Treu und Glauben'): BGH 8 oktober 2021 XI ZR 234/20

²⁵³ HvJ EU 3 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:819 (Dziubak), onder 59-61.

²⁵⁴ C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen: De 'alles of niets'-benadering bevestigd, NJB 2021/1392. Uitvoeriger de intreerede van C.M.D.S. Pavillon, Geen loterij zonder nieten: Sancties in het consumentenrecht anno 2020, Den Haag: Boom juridisch 2020, in het bijzonder p. 29 e.v.

²⁵⁵ M.B.M. Loos, in zijn annotatie onder het arrest *Dexia Nederland*, NJ 2021/326 onder 12.

²⁵⁶ R.H.C. Jongeneel, Europese civiele dogmatiek, NJB 2021/1393.

²⁵⁷ H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Boterzacht criterium met messcherp gevolg: Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding, MvV 2021/4.3.

²⁵⁸ Mij is geen rechtspraak van het Hof van Justitie bekend die dat zegt, maar het lijkt vanzelfsprekend.

²⁵⁹ HvJ EU 25-11-2020, ECLI:EU:C:2020:954, NJ 2021/384 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Banca B.).

²⁶⁰ HvJ EU 07-11-2019, ECLI:EU:C:2019:936, NJ 2020/179 (Kanyeba), onder 72-73.

²⁶¹ M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 445e. Na het citaat volgt een voetnoot, waar Loos verwijst naar M.H. Wissink, WPNR 2018/7179 en naar Hof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2196. Een nadere inhoudelijke motivering bevat ook deze voetnoot echter niet. Mogelijk heeft Loos niet mede het oog op *eenzijdig* dwingend recht. In zijn annotatie onder het hofarrest in de direct hierna te noemen zaak *Tio Teach* zegt hij namelijk dat het hof in die zaak na vernietiging van het oneerlijke beding ten onrechte art. 7:411 BW heeft toegepast. Zie TvC 2016/5, onder 2. Loos spreekt op deze plaats over art. 7:411 BW als 'aanvullend recht', wat in ieder geval gedeeltelijk juist is (hiervoor 4.8 en hierna 5.67 e.v.).

²⁶² Conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:889) vóór HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775, NJ 2017/421 (*Tio Teach*), onder 2.23.1 e.v. In de zaak waren geen cassatieklachten opgeworpen die de kwestie betreffen en het arrest van uw Raad houdt in verband daarmee niets in.

²⁶³ Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2303, onder 12 e.v. In een voetnoot verwijst Wissink nog naar Rechtbank Midden Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2980, NJF 2017/474, onder 4.8, in gelijke zin.

²⁶⁴ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia), onder 3.10.1.

²⁶⁵ C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De 'alles of niets'-benadering bevestigd, NJB 2021/1392.

²⁶⁶ In gelijke zin: C.M.D.S. Pavillon, 'Op de blaren zitten?' Over afwijkingen van dwingend en aanvullend recht, oneerlijke bedingen en daarbij passende sancties, TvC 2018/1, p. 2-5.

²⁶⁷ Anders C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen: De 'alles of niets'-benadering bevestigd, NJB 2021/1392, par. 4.2, die de mogelijkheid verdedigen dat vanwege een te ver gaand annuleringsbeding de gehele overeenkomst nietig is, omdat het beding de tegenprestatie bepaalt, zodat partiële nietigheid (art. 3:41 BW) niet op zijn plaats zou zijn. Vervolgens zou waardevergoeding moeten plaatsvinden van de reeds ontvangen prestaties (art. 6:210 lid 2 BW). Mijns inziens is niet overtuigend dat een onverbreekelijk verband bestaat tussen het annuleringsbeding en de overige inhoud van de overeenkomst. In hun ijver voor evenredige sancties verwijderden de auteurs zich mijns inziens al te ver van de strekking van het herzieningsverbod zoals dit op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU nu eenmaal geldt.

²⁶⁸ Het arrest ziet daarnaast op het nationale consumentenrecht van art. 7A:1576 BW (oud). Vergelijk hiervoor 4.100 e.v.

²⁶⁹ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282 m.nt. Jac. Hijma ('Gratis' mobiele telefoon I), onder 3.16 (vierde alinea). Met betrekking tot onverschuldigde betaling was de redenering van uw Raad met betrekking tot de mobiele telefoons anders (zie het arrest onder 3.16, tweede alinea), in verband met de aard van de prestatie: een telefoontoestel kan eenvoudig worden teruggegeven (met verschaffing van de eigendom), anders dan de prestatie van het kindercentrum.

²⁷⁰ HvJ EU 10 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:470, AA20220127 m.nt. D. Busch (BNP Parisbas Personal Finance).

²⁷¹ Onder meer HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47, NJ 1956/157 m.nt. L.E.H. Rutten (Boogaard/Vesta). Vergelijk Asser/Sieburgh 6-IV 2019/10 en A.G. Castermans & H.B. Krans, Mon. BW A21, 2019/24.

²⁷² Vergelijk, met diverse nuances: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/477 en daar vermelde schrijvers, alsook A.G. Castermans & H.B. Krans, Mon. BW A21, 2019/16. Over de overweging in het *Kanyeba*-arrest met betrekking tot niet-contractuele aansprakelijkheden is in de Nederlandse literatuur nog nauwelijks geschreven. Ik vind alleen terloopse verwijzingen naar het arrest in onder meer annotaties. Het uitvoerigste nog zijn H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Boterzacht criterium met messcherp gevolg: Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding, MvV 2021/4.3: 'Wel lijkt een beroep op het wettelijke niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht nog mogelijk te zijn. In het *Kanyeba*-arrest overwoog het HvJ EU dat Richtlijn 93/13 geen betrekking heeft op niet-contractueel aansprakelijkheidsrecht. Dit valt ten volle onder het nationale recht. Dit zou betekenen dat de leerstukken onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking dus nog wel kunnen worden toegepast. Echter, een wezenlijke en equivalente rol voor die leerstukken laat zich – geïsoleerd van het contract – moeilijk voorstellen.'
