Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2014-2015

EEN RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE OVER ONEERLIJKE BEDINGEN

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten: omzetting in de Belgische en Italiaanse rechtsorde en actueel overzicht van de communautaire rechtspraak

Masterproef van de opleiding
'Master in de rechten'

Ingediend door

Simon Geiregat

(studentennr. 01000520)

Promotor: prof. dr. R. STEENNOT
Commissaris: I. VANDEVELDE

“ *Nulla lex satis commoda omnibus est:*

***id modo quaeritur, si maiori parti et in summam prodest.* „**[*]

— toegeschreven aan Marcus Porcius CATO Censorius maior (234 - 149 v.C.)
door Titus LIVIUS (ca. 59 v.C. - 17 n.C.), *Ab Urbe Condita*, boek XXXIV, hoofdstuk 3, nr. 5.

[*] “*Geen enkele wet is even gunstig voor iedereen:*
men moet zich eerder de vraag stellen of zij voordelig is voor de meerderheid en in haar geheel.”

DANKWOORD

Alvorens mij in het voorwoord te richten tot alle lezers van deze verhandeling, wilde ik de gelegenheid aangrijpen om mijn dank te betuigen aan enkele personen in het bijzonder.

Met name had ik graag professor Reinhard Steennot bedankt voor de verregaande wetenschappelijke begeleiding. Dat u steeds tijd maakt voor mijn vele (overbodige) vragen en die van medestudenten, maakt van u een docent die bereid is om ook buiten het strikte onderwijskader hulp te bieden en een luisterend oor te zijn. Dit siert u. Voorts moet ik u bedanken voor de soepelheid die u aan de dag legde met betrekking tot het onderwerp (en de omvang, waarvoor excuses) van deze thesis. Het getuigt mijns inziens van een groot vertrouwen van u in mijn (nochtans beperkte) capaciteiten, iets wat ik ook mocht ervaren tijdens mijn aanstelling als student-assistent. Het zou mij dan ook veel plezier doen, mocht ik in de toekomst opnieuw met u kunnen samenwerken.

Ook mijn commissaris, Ines Vandevelde, wilde ik alvast bedanken om mij de (door de promotor toegestane, maar niettemin) overdreven omvang van deze thesis te vergeven.

Voorts past het om het Vlaams Rechtsgenootschap Gent mijn dank te betuigen voor een mooi academiejaar waarin ik mij heb kunnen bewijzen als praesidiumlid. Als 'verplichte' ontspanning tijdens het *thesissen* waren mijn taken voor het VRG een welgekomen afleiding. Naast het Praesidium verdienen evenwel vooral de medewerkers van de Revue der Rechten mijn dank. Ondanks de hoge werklast die de Revue met zich meebracht, heb ik toch geen spijt te hebben deelgenomen. Onvergetelijke ervaringen en vrienden voor het leven resulteren namelijk uit de lange voorbereidingen en gedeelde spanning die aan de vier voorstellingen vooraf gingen.

In de meer huiselijke sfeer past verder een dankwoord voor mijn grootmoeder uit Tielt, mijn vader en mijn broer, Thomas. Zij allen moesten lijdzaam mijn stress bij het opstellen van deze thesis mede ontgelden, onder meer door de vaak erg korte antwoorden op hun nochtans goed bedoelde vragen en door mijn permanente afwezigheid op familiesamenkomsten in het weekend. Voorts hebben zij ook moeten ondergaan hoe ik op reis in Italië tijdens het slenteren door de winkelstraten toch maar per se elke wetenschappelijke boekhandel binnenwandelen wou, op zoek naar werken die aansluiten bij het hieronder behandelde thema.

Tot slot geldt hetzelfde in het bijzonder voor mijn moeder en Anthony, die mijn fysieke en/of mentale aanwezigheid vaker dan strikt nodig hebben moeten missen. Daarom zou ik dit werk dan ook graag opdragen – zoals dat in het Italiaans zo mooi klinkt, en ten einde al in de (Italiaansrechtelijke) sfeer te komen – *a mia mamma ed al mio tesoro*.

PROLOOG

Lectori salutem.

Het oorspronkelijke opzet van deze masterproef bestond eruit een verregaande theoretische én praktische vergelijking te maken tussen een vijftal Europese lidstaten, mede door een analytische benadering van een vijftigtal algemene voorwaarden in het licht van álle mogelijke oneerlijke bedingen.

De lezer aan wie de titel en tussentitel van het onderhavige proefschrift niet is ontsnapt, zal evenwel reeds hebben geconcludeerd dat de uiteindelijke behandelde thematiek van enigszins meer bescheiden omvang is. Aldus vrees ik te moeten besluiten dat ik bij mijn oorspronkelijke plannen misschien wat te enthousiast was. Niettemin hoop ik toch dat het gevoerde onderzoek van enig nut kan zijn voor de rechtswetenschap. Op dit punt wordt verder ingegaan in de inleiding hieronder.

Het thema van de oneerlijke bedingen is al ettelijke malen de revue gepasseerd in de rechtsleer. Evenwel blijft het onderwerp auteurs aansporen om nieuwe bijdragen te pennen. Dit wijst er dan ook op dat de oneerlijkebedingleer nog steeds relevant is. Een *prima facie* onderzoek van de algemene voorwaarden van om het even welke Belgische onderneming noopt tot het trieste besluit dat het 'bijna altijd prijs' is. Het meer dan twintigjarige bestaan van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen ten spijt, moet kortom helaas worden vastgesteld dat die oneerlijke bedingen nog steeds niet uit het rechtsverkeer verdwenen zijn. Een studie van die figuren is dan ook nog steeds relevant.

Ten slotte rest er mij nog om u, beste lezer, goede moed te wensen bij het verwerken van dit proefschrift, waarvoor ik mij excuseer dat het zo lang uitgevallen is. Teneinde u bij het toekomen aan het besluit niet in teleurstelling te zien vervallen, past het om nu reeds op te merken dat u zich in elk geval niet hoeft te verwachten aan wereldschokkende nieuwe stellingen of aangereikte mirakeloplossingen. Behalve een beperkt aantal (althans bescheiden bedoelde) kritieken en een paar overwegingen *de lege ferenda* – of, zoals de Italianen dat m.i. correcter noemen, *de iure condendo* –, is de inhoud van deze thesis dan ook merendeels beperkt tot een weergave van de situatie *de lege lata* (*de iure condito*). Dit is bewust: met de slechts geringe juridische kennis en ervaring die mij eigen is, lijkt het immers ongepast om te pretenderen oplossingen te hebben voor problemen die reeds sedert jaar en dag worden behandeld.

Simon Geiregat
18 mei 2015

INHOUDSTAFEL

DANKWOORD ..... **V**

PROLOOG ..... **VII**

INHOUDSTAFEL ..... **IX**

VAAK GEBRUIKTE AFKORTINGEN ..... **XIII**

1. INLEIDING **1**
1.1. OPZET **1**
1.2. ONDERZOEKSVRAAG **1**
1.3. BEPERKINGEN **1**
1.3.1. VERANTWOORDING KEUZE VAN DE SUBTHEMA'S 2
1.3.2. VERANTWOORDING VAN DE KEUZE VAN DE STELSELS 3
1.4. METHODIEK **4**
1.5. RELEVANTIE **5**
1.6. STRUCTUUR **5**

2. TERMINOLOGIE **7**
2.1. 'CONSUMENT' **7**
2.2. 'PROFESSIONEEL' **9**
2.3. 'ONEERLIJKE BEDINGEN' **11**
2.4. VASTSTELLING **13**

3. TOTSTANDKOMING REGELGEVING **14**
3.1. NATIONALE WETGEVING VÓÓR DE RICHTLIJN **15**
3.1.1. FRANKRIJK, DUITSLAND EN ENGELAND 15
3.1.2. TOETREDINGSOVEREENKOMSTEN IN DE ITALIAANSE CODICE CIVILE 17
3.2. TOTSTANDKOMING VAN DE RICHTLIJN **18**
3.3. IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN IN DE NATIONALE RECHTSORDES **19**
3.3.1. GEBREK AAN IMPLEMENTATIE IN BELGIË EN NEDERLAND 20
3.3.2. IMPLEMENTATIE- EN CORRECTIEWERKZAAMHEDEN 20
3.4. NATIONALE WETSWIJZIGINGEN NA 2000 ..... **23**
3.5. COMMUNAUTAIRE WIJZIGINGEN **27**

4. TOEPASSINGSGEBIED **28**
4.1. TOEPASSINGSGEBIED *RATIONE MATERIAE* **28**
4.1.1. BEDINGEN 28
4.1.2. AFWEZIGHEID VAN AFZONDERLIJKE ONDERHANDELINGEN 32
4.1.3. IRRELEVANTIE VAN HET VOORWERP VAN DE OVEREENKOMST 40
4.1.4. UITSLUITINGEN VAN HET TOEPASSINGSGEBIED 42

4.1.4.1. Dwingende bepalingen ... 42
4.1.4.2. Essentiële bedingen ... 47
4.1.4.2.1. Quid? ... 47
4.1.4.2.2. Omzetting ... 50
4.2. TOEPASSINGSGEBIED *RATIONE PERSONAE* ... 51
4.2.1. DE PROFESSIONEEL ... 52
4.2.1.1. Algemeen ... 52
4.2.1.1.1. Europese notie ... 52
4.2.1.1.2. Belgische notie ... 55
4.2.1.1.3. Italiaanse notie ... 57
4.2.1.2. Subcategorieën ... 60
4.2.1.2.1. Vrije beroepers ... 60
4.2.1.2.2. Aanbieders van publieke diensten ... 65
4.2.1.2.2.1. Uitsluitingen uit het materiële toepassingsgebied ... 65
4.2.1.2.2.2. Personeel toepassingsgebied in België en Italië ... 66
4.2.2. DE CONSUMENT ... 68
4.2.2.1. Omzetting in de nationale rechtsordes ... 69
4.2.2.1.1. Frankrijk ... 70
4.2.2.1.2. België en Italië ... 71
4.2.2.1.3. Engeland ... 74
4.2.2.1.4. Duitsland en Nederland ... 74
4.2.2.2. Bestemmingscriterium ... 75
4.2.2.3. Gemengde handelingen ... 78
4.2.2.4. Rechtspersonen en kleine professionelen ... 84
4.2.2.5. Irrelevante omstandigheden ... 86
4.2.2.6. Bewijslast ... 88
4.2.2.7. Beschermenswaardigheid van de consument en anderen ... 89

5. TEGENSTELBAARHEID & VORMVOORWAARDEN ... 93

6. TRANSPARANTIE ... 97
6.1. DUIDELIJKHEID EN BEGRIJPELIJKHEID ... 98
6.1.1. *QUID* 'DUIDELIJK EN BEGRIJPELIJK'? ... 98
6.1.2. HOE DUIDELIJK EN BEGRIJPELIJK? ... 99
6.1.3. MAATSTAF EN REIKWIJDTE ... 101
6.1.4. SANCTIE? ... 102
6.2. INTERPRETATIE *CONTRA PROFERENTEM* ... 106

7. OPEN NORM ... 110
7.1. OMZETTING ... 110
7.1.1. BELGIË ... 110
7.1.2. ITALIË ... 111
7.2. INVULLING VAN DE OPEN NORM ... 114
7.2.1. AANZIENLIJKE VERSTORING VAN HET EVENWICHT ... 114
7.2.2. STRIJDIGHEID MET DE GOEDE TROUW ... 117

8. LIJSTEN ... 120
8.1. DE RICHTLIJN: BLAUWE LIJST ... 121
8.2. BELGIË: ZWARTE LIJST MET GRIJS TINTJE ... 122
8.3. ITALIË: GRIJZE, (GIT)ZWARTE EN STOFFIGE LIJST ... 123

9. SANCTIES EN HANDHAVING 126
9.1. CURATIEVE CONTROLE 127
9.1.1. VOORGESCHIEDENIS 129
9.1.1.1. Voorbereidende werkzaamheden 129
9.1.1.2. Opinie van de Commissie 130
9.1.2. OMZETTING IN DE NATIONALE RECHTSORDES 131
9.1.2.1. België 132
9.1.2.2. Italië 134
9.1.2.2.1. Gemeenrechtelijke sancties in het Italiaanse contractenrecht 135
9.1.2.2.1.1. Nullità *versus* Annullabilità 135
9.1.2.2.1.2. Indelingen van nullità en annullabilità 138
9.1.2.2.1.3. Opmerkingen 139
9.1.2.2.2. Implementatie van de Richtlijn 140
9.1.2.2.2.1. Betekenis van inefficacia 140
9.1.2.2.2.2. Sanctie in artikel 1341 en 1342 van de Codice civile 141
9.1.2.2.2.3. Codice civile: inefficacia? 142
a) De wet: inefficacia 142
b) Interpretatie: nullità speciale 143
9.1.2.2.2.4. Codice del consumo: nullità di protezione 144
9.1.3. RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE 146
9.1.3.1. Ambtshalve opwerping 147
9.1.3.1.1. Mogelijkheid om ambtshalve op te werpen 147
9.1.3.1.2. Verplichting om ambtshalve op te werpen 148
9.1.3.1.3. Geen bescherming wanneer de consument zich verzet 149
9.1.3.1.4. Irrelevantie van de houding van de consument 153
9.1.3.1.5. Irrelevantie van de aard van de procedure 155
9.1.3.1.6. Professioneel doet 'afstand' van het beding 156
9.1.3.1.7. Forumkeuzebeding 156
9.1.3.2. Rest overeenkomst blijft zo mogelijk bindend 157
9.1.3.3. Correctieverbod 160
9.1.3.4. Nationaal suppletief recht 162
9.1.3.4.1. Toepassen nationaal suppletief recht niet per se strijdig 162
9.1.3.4.2. Criterium voor de geoorloofde toepassing van suppletief recht 163
9.1.3.5. Executieprocedure 166
9.1.3.6. Link met de preventieve-collectieve controle 168
9.1.3.7. What's next? 169
9.1.4. BESPREKING 172
9.1.4.1. Een nieuwe, Europese sanctie? 172
9.1.4.2. Wenselijkheid van een communautaire regeling van privaatrechtelijke sancties 174
9.2. PREVENTIEVE CONTROLE 176
9.3. ADMINISTRATIEVE HANDHAVING 178

BESLUIT 181

EPILOOG 187

BIBLIOGRAFIE XV
VINDPLAATSEN VAN DE NORMGEVING XV
RECHTSLEER XV

BIJLAGEN XXVIII

1. RICHTLIJN ONEERLIJKE BEDINGEN XXVIII
1.1. RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE XXVIII
1.1.1. UITSPRAKEN XXVIII
1.1.2. AANHANGIGE ZAKEN XXXII
1.2. DE RICHTLIJN IN VIER TALEN XXXIV
1.3. DOCUMENT SEC(92)1944 DEF. XLVIII

2. BEPALINGEN VAN NATIONAAL RECHT LIV
2.1. BELGISCH RECHT LIV
2.1.1. WETBOEK VAN ECONOMISCH RECHT LIV
2.2. ITALIAANS RECHT LVII
2.2.1. CODICE CIVILE LVII
2.2.2. CODICE DEL CONSUMO LVIII

VAAK GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Voor het gebruiksgemak van de lezer volgt hieronder een lijst met vaak gebruikte afkortingen. Wat de overige referenties betreft, wordt verwezen naar de regels vastgesteld door de *Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen* uit 2012.[2]

AGBG (of AGBG-Gesetz)	Gesetz (DE) 9 december 1976 'zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen', *BGBl. I* 15 december 1976, 3317
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (DE) (Bürgerliches Gesetzbuch (DE) 18 augustus 1896, officieel gecoördineerd op 2 januari 2002, *BGBl. I* 8 januari 2002, 42, *err. BGBl. I* 31 juli 2002, 2909)
BW	Burgerlijk Wetboek (BE)
c.c.	Codice civile (IT) (Regio decreto (IT) 16 maart 1942, n. 262 'approvazione del testo del Codice civile', *GU* 4 april 1942, n. 79)
CC	Code Civil (FR) (Loi (FR) 30 ventôse – 10 germinal jaar XII (21 maart 1804) 'concernant la réunion des lois civiles en un seul corps de loi, sous le titre de Code civil des français')
C.consomm.	Code de la consommation (FR) (Bijlage bij loi (FR) 26 juli 1993, nº 93-949 'relative au Code de la consommation (partie Législative)', *JO* 27 juli 1993)

[2] INTERUNIVERSITAIRE COMMISSIE JURIDISCHE VERWIJZINGEN EN AFKORTINGEN, *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Mechelen, Kluwer, 2012, 134 p. en www.legalworld.be/legalworld/juridische-verwijzingen-en-afkortingen.html. Ook niet-Belgische bronnen worden, met noodzakelijke aanpassingen, op die manier aangehaald. Sommige werken werden evenwel in databanken geraadpleegd, waardoor het niet altijd mogelijk is om paginanummers weer te geven. In die gevallen worden uiteraard wel de randnummers of eerste bladzijde vermeld. Wat betreft het Verenigd Koninkrijk, worden, omwille van de specificiteit van dat rechtstelsel en overeenkomstig de aanbevelingen van de INTERUNIVERSITAIRE COMMISSIE, *o.c.*, 23-24, nr. 71, verwijzingen geconformeerd naar de normen van UNIVERSITY OF OXFORD - FACULTY OF LAW (ed.), *Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA)*, onbekend, Hart, 2012, 61 p. en www.law.ox.ac.uk/publications/oscola.php. Verwijzingen naar communautaire rechtspraak werden tot slot zo veel mogelijk geformuleerd in overeenstemming met de ECLI-regels (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/) uit de Raadsconclusies waarin de invoering wordt aanbevolen van een Europese identificatiecode voor jurisprudentie (ECLI), en van een minimumaantal uniforme metagegevens betreffende jurisprudentie, *Pb.C* 29 april 2011, afl. 127, 1.

CESL	Gemeenschappelijk Europees kooprecht (*Common European Sales Law*) (COM/2011/635/FINAL, Bijlage I, zoals goedgekeurd met amendementen met door het Europees Parlement in eerste lezing (TA/2014/159/P7) op 26 februari 2014)
cod.cons.	Codice del consumo (IT) (Bijlage bij decreto legislativo (IT) 6 september 2005, n. 206 'Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229', *GU* 8 oktober 2005, n. 235, *Suppl. Ordinario* n. 162)
Loi Scrivener	Loi (FR) 10 januari 1978, nº 78-23 'dites Scrivener sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services', *JO* 11 januari 1978
NBW	(Nieuw) Burgerlijk Wetboek (NL) (Afgekondigd in delen, waarvan Boek 6 "Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht" werd ingevoerd per wet (NL) 22 november 1991, *Stb.* 18 december 1991, 600)
Richtlijn (Oneerlijke Bedingen)	Richtl.Raad nr. 93/13/EEG, 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L*. 21 april 1993, afl. 95, 29
UCTA	Unfair Contract Terms Act (UK) 1977
UTCCR (1999)	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UK), SI 1999/2083
WER	Wetboek Economisch Recht (BE) (Wet (BE) 23 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013)
WHPC	Wet (BE) 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, *err. BS* 10 oktober 1991
WMPC	Wet (BE) 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010

Op pagina XV achteraan is voorts een lijst met de vindplaatsen van de nationale wetgeving opgenomen.

1. INLEIDING

1.1. OPZET

001. **Richtlijn Oneerlijke Bedingen. –** Met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen[3] werd door de Europese wetgever voor één van de eerste malen ingegrepen in het intra-Europese contractenrecht. Alle EU-lidstaten dienden ingevolge die richtlijn in hun nationale recht te voorzien in bescherming van consumenten tegen de zogeheten *oneerlijke bedingen*. Ruim twintig jaar na datum lijkt het interessant de huidige stand van zaken na te gaan. Vertrekkend vanuit het Belgische recht komt het met name nuttig voor een brede vergelijking te maken met het Italiaanse recht, met betrekking tot de wijze waarop de Richtlijn werd geïmplementeerd en de mate waarin die omzetting onderling afwijkt.

002. **Onderzoek in de breedte. –** Hierbij behoeft het benadrukking dat het opzet er primair in bestaat *in de breedte* te werken, en niet *in de diepte*. Met name ligt het niet in de lijn van de betrachtingen om (slechts) één aspect van de leer der oneerlijke bedingen volledig uit te spitten. Integendeel wordt er net gepoogd om een breed arsenaal aan deelthema's van het leerstuk de revue te laten passeren, teneinde een meer 'omvattend' onderzoek te voeren.

1.2. ONDERZOEKSVRAAG

003. **Rechtsvergelijking België - Italië. –** De centrale onderzoeksvraag bestaat er kortweg in om de verschillen en gelijkenissen in het leerstuk van de oneerlijke bedingen tussen België en Italië te duiden: op welke punten is er met name een sterke mate van convergentie en met betrekking tot welke aspecten kunnen er daarentegen nog opmerkelijke verschillen worden ontwaard?

004. **Overzicht oneerlijkebedingenleer. –** Additioneel wordt met onderhavige verhandeling ook getracht een overzicht van het huidige leerstuk inzake oneerlijke bedingen te bieden. Zulks zou moeten resulteren in een actueel overzicht van de Belgische en – waar toepasselijk – Europese stand van zaken, aangevuld met rechtsvergelijking waar nuttig.

1.3. BEPERKINGEN

005. **Noodzaak van aflijning. –** Beperkingen zijn cruciaal in elk onderzoek. Ook het feit dat deze studie een masterdissertatie betreft, verantwoordt dat geen alomvattend

[3] Richtl.Raad nr. 93/13/EEG, 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993, afl. 95, 29 (hierna: Richtlijn Oneerlijke Bedingen, of verkort: de Richtlijn).

rechtsvergelijkend werk over oneerlijke bedingen tot de redelijke aspiraties behoort. Zoals evenwel reeds aangehaald, bestaat het opzet er in om een breed arsenaal aan thema's te behandelen. Er moet dan ook noodzakelijkerwijze hier en daar worden afgelijnd.

006. **Lidstaten: België en Italië. –** In het licht van dit alles, komt het dan ook evident voor dat het aantal lidstaten waarvan de oneerlijkebedingenleer aan onderzoek wordt onderworpen, wordt beperkt. Meer concreet wordt naast België enkel Italië onder de loep genomen. Waar relevant worden evenwel ook de buurlanden vermeld, gezien een vergelijking met die landen potentieel ook tot interessante inzichten leidt. Met name komen dus ook Frankrijk, Nederland, Duitsland en Engeland marginaal aan bod.

007. **DCFR en CESL: slechts in de marge. –** Voorts zijn er nog de Draft Common Frame of Reference (DCFR) en het voorstel tot vaststellen van een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (CESL). Zoals hieronder zal worden aangehaald, is het belang van dat laatste voorstel voor de nabije toekomst evenwel beperkt. Ook een vergelijking van het bestaande recht met de DCFR behoort hier niet tot de betrachtingen. De rol van deze twee normenstelsels zal voor onderhavig proefschrift dan ook beperkt blijven tot illustratie en duiding in de marge.

008. **Niet: specifieke categorie(ën) bedingen. –** Tevens valt moeilijk in te zien hoe een extensieve behandeling van welbepaalde categorieën oneerlijke bedingen, bijvoorbeeld uit één van de lijsten, tot de redelijke verwachtingen behoort. Er wordt hieronder dan ook niet uitgebreid ingegaan op het regime van één of meerdere concrete soorten bedingen, gezien zulks een rechtsvergelijkende studie van die bedingen *an sich* zou vereisen, om tot sluitende resultaten te kunnen komen.

009. **Verschillende aspecten, twee in detail. –** Ook met betrekking tot de bestudeerde onderdelen dienen verder een aantal keuzes te worden gemaakt. Er werd reeds gewezen op de betrachting om breed te werken, dat wil zeggen: om de voornaamste thema's van de voorschriften inzake oneerlijke bedingen allemaal te behandelen. Evenwel kan in een masterproef moeilijk worden verwacht dat al die aspecten volledig worden uitgediept. Daarom werd ervoor gekozen om enerzijds de grote subthema's van het leerstuk wel allemaal (minstens) aan te raken en een aantal bevindingen te poneren, doch anderzijds ook twee specifieke aspecten meer in detail uit te werken.

1.3.1. VERANTWOORDING KEUZE VAN DE SUBTHEMA'S

010. **Twee gedetailleerd behandelde aspecten, twee beperkt uitgebreide aspecten. –** De twee subthema's waarbij met name werd getracht om diepgaander onderzoek te voeren, betreffen het toepassingsgebied en de (curatieve) sancties van de leer inzake oneerlijke bedingen. Minder extensief uitgewerkt, doch nog steeds voorzien van wat meer informatie dan de andere subthema's, zijn voorts de afdeling over de totstandkoming van de regelgeving en de transparantievereiste.

011. **Relevantie van het toepassingsgebied. –** De keuze om die vier thema's uitgebreider te behandelen dan de andere aspecten berust op verschillende gronden. Vooreerst behoeft het weinig betoog dat het toepassingsgebied en de sancties – lees als het ware: 'het begin- en eindpunt van het leerstuk van de oneerlijke bedingen' – van zeer groot belang zijn in het kader van de consumentenbescherming. Indien immers wordt vastgesteld dat het toepassingsgebied van de bescherming tegen oneerlijke bedingen verschilt per lidstaat, dan impliceert dit noodzakelijkerwijze dat consumenten in een grensoverschrijdende context het gevaar lopen om voor (onaangename) verrassingen te staan. Vanuit de communautaire harmonisatie-idee is het dan ook van belang te weten waar die verschillen zich situeren.

012. **Relevantie van de sanctiemechanismen. –** Ten tweede laat ook de iets meer uitgewerkte studie van de sancties zich op gelijkaardige gronden stoelen: of de consument werkelijk beschermd is tegen oneerlijke bedingen, hangt immers in zeer sterke mate af van de mogelijkheid om zich te beroepen op curatieve mechanismen. Ook hier verantwoordt een studie zich dan ook door het streven naar meer rechtszekerheid voor consumenten in een grensoverschrijdende context.

013. **Relevantie van de totstandkoming van de regeling. –** Dat ten derde de totstandkoming van de Richtlijn en de omzetting ervan in de nationale rechtsordes wordt behandeld, streeft voornamelijk een duidend nut voor de rest van de verhandeling na: het komt immers voor dat de lezer de oorzaken en gevolgen van bepaalde intracommunautaire verschillen slechts ten volle kan begrijpen met een vollediger beeld over de achtergrond van bepaalde regelgeving.

014. **Relevantie van de transparantie. –** Wat tot slot de behandeling van de transparantie betreft, is de wenselijkheid van een iets diepere uitweiding voornamelijk gegrond op het geven dat er recente Europese rechtspraak is op dit punt. Waar het Hof van Justitie die materie voorheen met name niet of slechts in de marge aanraakte, lijken nu een aantal (verregaande) basisvereisten te worden gesteld met betrekking tot de transparantie. Gezien die actualiteit, komt het dan ook voor dat dit thema wat aanvullende aandacht behoeft.

1.3.2. VERANTWOORDING VAN DE KEUZE VAN DE STELSELS

015. **Communautair, Belgisch en Italiaans. –** De bestudeerde stelsels worden beperkt tot België en Italië. Uiteraard dient ook de Europese rechtsorde aan dat lijstje te worden toegevoegd. De bedoeling is immers om vanop een dubbel (communautair-nationaal) niveau nuttige vaststellingen te doen.

016. **Relevantie van het Belgisch recht. –** De keuze om het Belgische recht te bestuderen behoeft uiteraard weinig uitleg, gezien deze verhandeling kadert in een masteropleiding Belgisch recht. Daarentegen komt het voor dat een studie van het Italiaanse recht misschien wat verrassend kan overkomen.

017. **België en Italië: nietigheidssanctie. –** Niettemin moet worden vastgesteld dat een rechtsvergelijkende studie tussen België en Italië nuttige inzichten kan opleveren. Vooreerst hebben beide landen bijvoorbeeld gekozen om een nietigheidssanctie te installeren in het leerstuk van de oneerlijke bedingen. Parallelle ontwikkelingen zijn dan ook niet uit te sluiten, temeer nu ook de klassieke Italiaanse sanctieleer niet blijkt te voldoen aan de vereisten van de curatieve sanctie die vanuit communautaire hoek worden gesteld.

018. **België en Italië: afwezigheid van voorafgaande studies. –** Voorts komt het voor dat een trans-Alpijnse vergelijking op het vlak van oneerlijke bedingen slechts zelden plaatsvond. Maar al te vaak wordt door de grotere beschikbaarheid van bronnen gekozen om het Belgisch recht te vergelijken met één van onze buurlanden. Dat dergelijke vergelijkingen nuttig zijn, wordt uiteraard niet betwist. Om die reden worden die stelsels hierna dan ook aangehaald, waar zulks past.

019. **België en Italië: nut voor Belgische consument. –** Ook een studie van het Italiaanse recht kan evenwel interessant zijn voor de Belgische consument. Vooreerst kan algemeen immers worden opgemerkt dat de intra-Europese handel waarbij consumenten betrokken zijn, exponentieel toeneemt door het groeiende aantal internetbedrijven. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat Belgische consumenten goederen aankopen via Italiaanse websites. In die omstandigheden is een aanduiding van de verschillen op het gebied van consumentenbescherming uiteraard erg relevant. Voorts is Italië ook een vrij populaire vakantiebestemming voor Belgen. Wanneer Belgische consumenten dan ook ter plaatse overeenkomsten sluiten, komt het opnieuw interessant voor te weten waar de verschillen in de beschermingsomvang moeten worden gesitueerd.

1.4. METHODIEK

020. **Literatuur en bronnen. –** Methodisch wordt ten eerste gebruik gemaakt van literatuur- en bronnenonderzoek. Met name wordt de internrechtelijke vakliteratuur van genoemde Europese lidstaten, alsook communautaire pan-Europese rechtsleer doorgrond.

021. **Rechtsvergelijking. –** Tevens wordt de methodologie uiteraard gekenmerkt door de rechtsvergelijkende methode: het doel is immers om de bestudeerde stelsels onderling te vergelijken, wat de oneerlijke bedingen betreft. Per onderdeel van het oneerlijkebedingenleerstuk worden dan ook de gerelateerde bronnen doorgenomen en naast elkaar geplaatst, teneinde nuttige conclusies te maken.

022. ***Ius commune*. –** Bij het uitschrijven van de voltekst werd voorts getracht om in zekere mate de *ius-commune*-ideologie na te volgen en het Europees consumentenrecht als één geheel op te vatten, af en toe aangevuld met specifieke ervaringen uit welbepaalde lidstaten. Zulks is voornamelijk het geval in de delen die handelen over subthema's die sterk gecommunautariseerd zijn, zoals de sanctie. Uiteraard wordt hierbij evenzeer aandacht besteed aan de verschillen in aanpak tussen de lidstaten onderling.

1.5. RELEVANTIE

023. **Bouwsteen in de studie van het Europese consumentenacquis. –** Onderhavig onderzoek kan vooreerst zijn nut bewijzen om het rijtje van intra-Europese rechtsvergelijkende studies met betrekking tot het consumentenrecht aan te vullen. Aldus kunnen bepaalde verrassende incongruenties tussen de bestudeerde stelsels aan het licht worden gebracht. In functie daarvan is het mogelijk verder te toetsen in welke mate het bestudeerde leerstuk effectief pan-Europees geharmoniseerd is. In diezelfde lijn kan het voorts potentieel bouwstenen aanreiken om normgevers te helpen beslissen of het al dan niet wenselijk en haalbaar is om een verdere unificatie van het consumentenacquis door te voeren, door mogelijke hinderpalen te identificeren.

024. **Praktisch nut voor consumenten. –** Ook op zichzelf gezien kan het onderzoek evenwel al enig nut hebben. Naast het onmiddellijke nut van het geactualiseerde hoofdstuk inzake de sanctie, werd er met name reeds gewezen op de trend van (Belgische) consumenten om vaker contractverhoudingen aangaan met buitenlandse professionelen, Italiaanse ondernemingen mogelijks incluis. Teneinde meer rechtszekerheid te kunnen verschaffen aan die consumenten is een grondige kennis van de 'valkuilen' die vloeien uit de verschillen tussen het Belgische en Italiaanse toepassingsgebied aangewezen.

025. **Testlaboargument. –** Tot slot valt het niet uit te sluiten dat lessen die in de Italiaanse rechtsorde werden getrokken door dit onderzoek ook interessante inzichten kan opleveren voor het Belgische stelsel van de oneerlijke bedingen. De Italiaanse ervaring zou dus als het ware kunnen vigeren als een soort *testlaboratorium*[4] voor België.

1.6. STRUCTUUR

026. **Algemeen overzicht van de thesis. –** Na dit inleidende deel wordt eerst een terminologische verduidelijking (hoofdstuk 2) gemaakt. Daarna volgen zeven hoofdstukken die elk corresponderen met een welbepaald subthema. Er werd beslist om in deze scriptie niet consistent te werken met tussenbesluiten. De tekst is immers al omvangrijk, wat het weglaten van onnodige herhalingen verantwoordt. Deelconclusies kunnen dus desgevallend in de broodtekst worden gevonden en uiteraard in het laatst hoofdstuk, "besluit".

027. **Algemeen overzicht van het middendeel. –** De zeven hoofdstukken betreffen de totstandkoming van de regelgeving (hoofdstuk 3), het toepassingsgebied (hoofdstuk 4), de tegenstelbaarheid en vormvoorwaarden met betrekking tot oneerlijke bedingen (hoofdstuk 5), de transparantievereiste (hoofdstuk 6), de open norm – ofte: de definitie van een *oneerlijk beding* – (hoofdstuk 7), een kort overzicht van de gehanteerde lijsten met oneerlijke bedingen (hoofdstuk 8) en de sanctieregimes (hoofdstuk 9).

[4] Zie over dit *experimentation argument*, F. GOMEZ en J.J. GANUZA, "The economics of private law harmonized law-making: mechanisms, modes and standards" in R. BROWNSWORD (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart, 2011, (115) 125-128.

028. **Hoofdstuk 3. –** Een eerste inhoudelijke deel behandelt de totstandkoming van de regelgeving (hoofdstuk 3). Hierin wordt vooreerst een kort historisch beeld geschetst van de verschillende internrechtelijke situaties vóór de totstandkoming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, waarna het ontstaan van de Richtlijn zelf, de implementatiewerkzaamheden en de intern- en Europeesrechtelijke wijzigingen aan bod komen.

029. **Hoofdstuk 4. –** Na die algemene achtergrond wordt er veel aandacht geschonken aan het toepassingsgebied van het beschermingsregime (hoofdstuk 4). Klassiek wordt dit deel opgesplitst in het materiële toepassingsgebied (4.1) en het personele toepassingsgebied (4.2). Wat dat materiële toepassingsgebied betreft, worden eerst de constitutieve bestanddelen geduid (4.1.1 tot 4.1.3), waarna de uitsluitingen worden besproken (4.1.4). Het personele toepassingsgebied valt dan weer uiteen in de figuur van de professioneel (4.2.1) en de consument (4.2.2).

030. **Hoofdstuk 5. –** In het vijfde hoofdstuk volgt voorts een beknopte bespreking van de vereisten in België en Italië met betrekking tot de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden en de vormvereisten die gesteld worden met betrekking tot bedingen die onder het toepassingsgebied van de leer van de oneerlijke bedingen vallen.

031. **Hoofdstuk 6. –** Verder wordt ingegaan op de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid (6.1) en het beginsel van de interpretatie in de voor de consument meest gunstige zin (6.2), samen 'het leerstuk inzake *transparantie*' genoemd.

032. **Hoofdstuk 7 en 8. –** In de navolgende hoofdstukken worden achtereenvolgens de algemene definitie van wat een *oneerlijk beding* is, oftewel de 'open norm', behandeld (hoofdstuk 7), alsook de verschillende, gehanteerde lijsten (hoofdstuk 8).

033. **Hoofdstuk 9. –** Vooraleer over te gaan tot het algemene besluit, worden tot slot de sancties en de handhaving geduid. Waar de preventieve controle (9.2) en de administratieve handhaving (9.3) slechts beknopt aan bod komen, wordt uitgebreide aandacht besteed aan de curatieve controle (9.1). Daarbij wordt vooreerst het ontstaan van die controlevereiste onder de loep genomen (9.1.1), waarna de omzettingswerkzaamheden in België (9.1.2.1) en Italië (9.1.2.2) duiding krijgen. Gezien de lezer wellicht weinig of niet bekend is met de Italiaanse gemeenrechtelijke sancties uit de contractuele sfeer, gaat deze scriptie daar eerst nader op in (9.1.2.2.1), waarna de eigenlijke implementatie(geschiedenis) van de richtlijn wordt aangehaald (9.1.2.2.2). Nog met betrekking tot die sanctie wordt voorts zeer gedetailleerd de (recentste) rechtspraak van het Hof van Justitie besproken (9.1.3); de implicaties van die rechtspraak voor de nationale rechtsordes zijn immers niet te onderschatten, gezien het Hof vaak erg ver gaat in haar interpretaties. Dit deel wordt afgesloten met een kritische noot (9.1.4).

034. **Slot. –** Na het besluit kan de lezer voorts de bibliografie en de bijlagen terugvinden. Voor het lezersgemak werden daar immers onder meer een weergave van de Richtlijn in vier talen (bijlage 1.2) en nationale normgeving (bijlage 2) overgenomen.

2. TERMINOLOGIE

> **“ *et dixit Dominus: ‘Ecce unus est populus et unum labium omnibus; et hoc est initium operationis eorum, nec eis erit deinceps difficile, quidquid cogitaverint facere. Venite igitur, descendamus et confundamus ibi linguam eorum, ut non intellegat unusquisque vocem proximi sui’.* „**[†]
>
> — *Bijbel* (*Nova Vulgata Bibliorum Sacrorum Editio*), Gen. 11.6-7.

035. **Verduidelijking. –** Teneinde het lezen van deze verhandeling te vereenvoudigen, past het om hier reeds een aantal punten met betrekking tot de terminologie in de verschillende rechtsordes te duiden. Er wordt met name stilgestaan bij drie begrippen om verwarring in het vervolg van onderhavige thesis te vermijden. De rechtsvergelijkende bespreking van de twee eerste concepten volgt uiteraard *infra*, bij de vergelijking van het toepassingsgebied.

2.1. ‘CONSUMENT’

036. **Frans en Italiaans. –** Vooreerst vereist de notie *consument* de aandacht. De Franse versie van dit woord, *consommateur*, levert weinig problemen op. Reeds in het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap uit 1957[5] wordt dat woord in die lezing gebruikt. Ook in de Franse *Loi Scrivener*[6] en reeds in de Franstalige versie van onze Wet Handelspraktijken uit 1971[7] komt de term als zodanig voor. Het Italiaanse equivalent *consumatore* is eveneens terug te vinden in het EEG-Verdrag[8], zodat ook dat weinig terminologische moeilijkheden stelt, al was de term in het Italiaanse recht weinig bekend vóór de implementatie van de Richtlijn[9].

037. **Nederlands. –** In de Nederlandstalige versie van het EEG-Verdrag vinden we de term *verbruiker* terug. Ook in het Belgische recht was dit oorspronkelijk het gebruikte

[†] “*En de Heere zeide: ‘Ziet, zij zijn enerlei volk, en hebben allen enerlei spraak; en dit is het, dat zij beginnen te maken; maar nu, zoude hun niet afgesneden worden al wat zij bedacht hebben te maken? Kom aan, laat Ons nedervaren, en laat Ons hun spraak aldaar verwarren, opdat iegelijk de spraak zijns naasten niet hore’.*” (J. BOGERMAN, W. BAUDARTIUS, en G. BUCERUS, *Statenvertaling*, Leiden, Machteld Aelbrechtsdochter, 1637 en (met correcties gedigitaliseerd in 2007-08 door N. VAN DER SIJS) www.statenvertaling.net).

[5] Zie m.n. art. 39, 40, 86 en 92 verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957 (hierna: EEG-Verdrag of Verdrag van Rome).

[6] Zie *infra*, nr. 054.

[7] Wet (BE) 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, *BS* 30 juli 1971.

[8] Zie uiteraard dezelfde artikelen in dat verdrag. *Cf.* A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale del Diritto dei Consumatori*, Rome, DIKE Giuridica Editrice, 2013, 2-3, vn. 6.

[9] G. ALPA, “La protection de la partie faible en droit italien” in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, (583) (hierna: G. ALPA, *La partie faible en droit italien*) 584, nr. 5.

begrip.[10] Sedert 1992 wordt dat woord evenwel overwegend verlaten ten voordele van het begrip *consument*, en dit zowel in de communautaire[11] als in de Belgische[12] rechtsorde.

038. **Nederland. –** De afdeling van het Nederlands Burgerlijk Wetboek waarin de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd geïmplementeerd[13], kent de term *consument* niet. De wetgever koos er immers voor de figuur van de consument telkens bij de relevante bepalingen te omschrijven.[14] In de doctrine wordt het begrip daarentegen wel gebruikt[15], waardoor het aanwenden van de notie op het eerste zicht weinig problemen stelt. De Duitse wetgever heeft het verder over de *Verbraucher*[16], term die ook in de besproken Richtlijn[17] voorkomt.

039. **'Gebruiker' en 'wederpartij'. –** Bijzondere aandacht van de niet-vertrouwde lezer is evenwel vereist bij het bestuderen van het Nederlandse en het Duitse recht. Gezien deze rechtsstelsels bij de bescherming tegen standaardovereenkomsten vertrekken van een toepassingsgebied *ratione materiae*[18], wordt er ook gewag gemaakt van de begrippen *gebruiker*[19] resp. *Verwender*[20], alsook *wederpartij*[21] resp. *die andere Vertragspartei*[22] of *der Vertragspartner (des Verwenders)*[23]. De *gebruiker*/*Verwender* duidt dan ook op de persoon die de standaardovereenkomst gebruikt, dat wil zeggen: de persoon die ze in de contractverhouding brengt, meestal dus de professioneel. Diens medecontractant, de *wederpartij* of *Vertragspartner* is daarentegen de persoon die door de betreffende wetsnormen wordt beschermd. Eén subcategorie binnen de categorie van *wederpartijen* zijn dan ook de niet-professionele medecontractanten, lees: de consumenten. Het behoeft weinig uitleg dat verwarring tussen de begrippen *gebruiker* en *verbruiker*/*consument* best vermeden wordt.

[10] Zie bv. art. 2, 4, 11 wet (BE) (opgeheven) 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, *BS* 30 juli 1971 en de – nog steeds onder die naam vigerende – *Raad voor het Verbruik*, opgericht bij KB (BE) 20 februari 1964 tot oprichting van een Raad voor het Verbruik, *BS* 2 april 1964.
[11] Zie m.n. art. 129A EG-Verdrag (thans art. 169 VWEU), zoals gewijzigd door art. G.D, 38) verdrag van Maastricht betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992, dat de consumentenbescherming voor het eerst een officiële communautaire doelstelling maakt.
[12] Zie m.n. art. 1.7 wet (BE) (opgeheven) 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, *err. BS* 10 oktober 1991 (hierna: Wet Handelspraktijken of WHPC).
[13] Afdeling 6.5.3 NBW. Zie *infra*, nr. 071.
[14] Zie bijvoorbeeld art. 6:236 en 6:237 NBW.
[15] Zie bijvoorbeeld E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht*, Amsterdam, Paris, 2006, 516 p.; B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2010, 204-207, nr. 10.3.
[16] § 13 Bürgerliches Gesetzbuch (DE) (hierna: BGB).
[17] Zie (de Duitse versie van) art. 2, b) Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[18] Zie *infra*, nr. 054.
[19] Art. 6:231, a NBW.
[20] § 305(1) BGB.
[21] Art. 6:231, c NBW.
[22] Zie o.m. § 305(1) en (2) en § 305a, aanhef BGB.
[23] Zie o.m. § 307(1) BGB.

040. **Engels. –** De Engelse term *consumer* leent zich tot slot ook op het eerste zicht niet tot terminologische verwarring. Zowel in het EU-acquis en in de omzettingsbepalingen[24], als in de oorspronkelijke, nationale beschermende wetgeving[25], wordt het woord gebruikt.

041. **Consistentie. –** In wat hierna volgt, zal het begrip *consument* steeds worden gebruikt als synoniem voor de "(tegen oneerlijke bedingen) beschermde contractpartij, die geen professioneel is" in de rechtsorde waarover wordt gerapporteerd. Daarbij is het voornamelijk van belang voor ogen te houden dat – de harmonisatiedoelstellingen van de Europese wetgever ten spijt – er doorheen plaats en tijd vaak verschillende definities van dat begrip vigeren. Zo kon een *consument* onder de Belgische Wet Handelspraktijken van 1991[26] bijvoorbeeld een rechtspersoon[27] zijn, waar zo'n brede lezing van de communautaire notie nooit mogelijk is geweest.[28] De notie *wederpartij* zal ook gebruikt worden, in de lezing die het Nederlandse of Duitse recht er aan geeft, naargelang het geval. *Verbruiker* wordt gemeden.

2.2. 'PROFESSIONEEL'

042. **Nederland en Duitsland. –** Voorts lijkt het nuttig de professionele medecontractant van die consument te benoemen. Zoals reeds opgemerkt *supra*[29], wordt de persoon "die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt"[30] in Nederland met de naam *gebruiker* aangeduid. Het Duitse equivalent is de *Verwender*. Omwille van het verwarringsgevaar worden beide termen hierna, waar mogelijk, gemeden.

043. **Consumentenacquis in het Nederlands en in het Engels. –** De Nederlandstalige lezing van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen heeft het verder over de *verkoper*.[31] In het Engels klinkt het: *seller or supplier*. In andere consumentenrechtelijke richtlijnen worden daarentegen de termen *leverancier* resp. *supplier*[32], of *handelaar* resp. *trader*[33] gebruikt.

[24] Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UK), SI 1999/2083, reg 3(1), tweede lid.
[25] Unfair Contract Terms Act 1977 (UK), s 12.
[26] Zie *infra*, nr. 066.
[27] Oud art. 1, eerste lid, 7 WHPC.
[28] Arg. *a contrario ex* art. 2, b) Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook arrest Idealservice, C-541/99 en C-542/99, EU:C:2001:625, dictum.
[29] Zie nr. 039.
[30] Art. 6:231, b NBW.
[31] Art. 2, c) Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[32] Richtl.EP&Raad (opgeheven) nr. 97/7/EG, 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb.L* 4 juni 1997, afl. 144, 19 (hierna: Richtlijn Overeenkomsten Op Afstand).
[33] Richtl.Raad (opgeheven) nr. 85/577/EEG, 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb.L* 31 december 1985, afl. 372, 31 (hierna: Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten) en de huidige Richtlijn Consumentenrechten (Richtl.EP&Raad nr. 2011/83/EU, 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L* 22 november 2011, afl. 304, 64).

Niet enkel valt deze terminologische inconsistentie tussen de richtlijnen onderling[34] te betreuren[35], ook is het duidelijk dat de term *verkoper* laat uitschijnen dat enkel koop-verkoopovereenkomsten onder het beschermde gebied vallen, *quod non*.[36] Terecht werd door de Belgische wetgever dan ook gekozen om vanaf 2010[37] het begrip *onderneming*[38] te gebruiken. In het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* koos men voor het gelijkaardige *Unternehmer*[39] om de professionele gebruiker van algemene voorwaarden aan te duiden. De Richtlijn heeft het daarentegen over de *Gewerbetreibender*.

o44. **Consumentenacquis in het Frans en in het Italiaans. –** Ook in de Romaanse talen is verwarringsgevaar legio. Zo handelt de ene richtlijn over de *fournisseur*/*fornitore*[40], een andere over de *commerçant*/*commerciante*[41]. Zowel de Richtlijn Consumentenrechten uit 2011, als de hier besproken Richtlijn uit 1993 benoemen de professionele contractant evenwel als *le professionnel* of *il professionista*. In de Franse[42] evenzeer als in de Italiaanse interne wetgeving[43] werden die begrippen *as such* overgenomen. Daarbij moeten evenwel een aantal bemerkingen worden gemaakt. Vooreerst dient te worden aangestipt dat, waar in Frankrijk gekozen werd voor *le professionnel* als vertaling, de Belgische wet het heeft over *une entreprise*[44]. Ten tweede is het vermeldenswaardig dat de Franse wetgever het aangehaalde begrip nooit heeft gedefinieerd. Men valt dan ook terug op nationale en communautaire rechtspraak voor de invulling van dat punt.[45] Tot slot wordt er gewezen op het bestaan van de artikelen 2229 tot 2238 van de Italiaanse *Codice civile*, die een aantal normen bevat die betrekking hebben op *professioni intellettuali* (intellectuele beroepen), en op het gegeven dat de vertaling van 'vrije beroepers' in het Italiaans *libero professionista* luidt. In de parlementaire voorbereidingen[46] en de rechtsleer[47] wordt de letterlijke overname van het begrip uit de Richtlijn dan ook gehekeld, aangezien de term wordt gebruikt:

[34] Zie met betrekking tot de inconsistenties tussen de taalversies binnen de Richtlijn Oneerlijke Bedingen ook de bevindingen van het Hof van Justitie in arrest Brusse, C-488/11, EU:C:2013:341, punt 25 t.e.m. 27.
[35] Immers gaf dit aanleiding tot omzettingsproblemen.
[36] Zie *infra*, nr. 110 e.v.
[37] Onder art. 1, eerste lid, 6 WHPC was dit nochtans wel het begrip *verkoper*. Zie, voor een interessant historisch overzicht, C. CAUFFMAN, "The Impact of EU Law on Belgian Consumer Law Terminology", *ERPL* 2012, (1325) (hierna: C. CAUFFMAN, *Belgian Consumer Law Terminology*) 1329-1337.
[38] Art. 2, 1° wet (BE) 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010 (hierna: Wet Marktpraktijken of WMPC), thans art. I.1, 1° Wetboek Economisch Recht.
[39] § 14 BGB.
[40] Art. 2, 2) Richtlijn Overeenkomsten Op Afstand (opgeheven).
[41] Art. 2, tweede streepje Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten (opgeheven).
[42] Zie o.a. art. L. 132-1 Code de la consommation (FR).
[43] Art. 3, eerste lid, c) Codice del consumo (IT).
[44] Art. I.1, 1° Wetboek Economisch Recht.
[45] G. RAYMOND, "Contrats de consommation" in *JurisClasseur Concurrence - Consommation* 2013, afl. 800 (hierna: G. RAYMOND, *Contrats de consommation*), nr. 12.
[46] P. NEBBIA, *Unfair contract terms in European Law: a study in comparative and EC law*, Oxford, Hart, 2007, 93; E. PIRO, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, DIKE Giuridica Editrice, 2013, 23.
[47] Zie bv. G. ALPA, *La partie faible en droit italien*, 584, nr. 5 en het advies van de *Consiglio di Stato* (Raad van State) n.a.v. de invoering van de Codice del consumo, Parere (advies) del Consiglio di Stato, N. Sezione 11602, sul schema di decreto legislativo del Ministero delle Attività Produttive recante il "riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori – Codice del consumo", ai sensi dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, 20 december 2004, nr. 229, www.giustizia-amministrativa.it (hierna: Advies Consiglio di Stato

> " *in un senso che appare disomogeneo rispetto alla terminologia dell'ordinamento giuridico italiano*[.] „[48]

045. **Consistentie. –** In het vervolg van onderhavige scriptie wordt bewust gekozen om de professionele contractpartij in het kader van de leer der oneerlijke bedingen te benoemen met de erg ruime notie van *de professioneel.* Op die manier wordt gepoogd een zo generisch mogelijke term te gebruiken, met het minste kans om in het vaarwater van bestaande definities te komen. Het begrip lijkt ook aan te sluiten bij de Italiaanse en Franse benaming van de figuur.

2.3. 'ONEERLIJKE BEDINGEN'

046. **Consistentie: Europese terminologie. –** Tot slot dient halt te worden gehouden bij de rechtsfiguren waartegen de genoemde consument ingevolge het hier behandelde regime wordt beschermd: de *oneerlijke bedingen*. Gezien de Europese wetgever er in de Nederlandse versie van de onderzochte Richtlijn voor koos om die clausules onder de benaming *oneerlijke bedingen* te regelen, zal die terminologie in het vervolg van deze verhandeling worden aangehouden.

047. **België en Nederland. –** Het gebruik van de term *oneerlijke bedingen* is evenwel geen evidentie. Zo werden de figuren uit de Richtlijn door de Belgische wetgever welbewust[49] ingevoerd onder de benaming *onrechtmatige bedingen*[50]. Het komt voor dat die terminologie wat meer *juridisch* klinkt.[51] In Nederland spreekt het Burgerlijk Wetboek[52] daarentegen over *onredelijk bezwarende bedingen*.[53] Het valt voorts te randmelden dat het (inmiddels in de diepvries geplaatste[54]) voorstel van de Commissie

bij cod.cons.), nr. 8.3. *Contra*: de *Giunta per gli affari delle comunità europee* bij (Raad voor zaken m.b.t. de Europese gemeenschappen) bij de Senaat, ten gelegenheid van de omzetting van de Richtlijn in 1995, Testo proposto (voorgestelde tekst) dalla 1a Commissione permanente per il disegno di legge 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', *Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni - Documenti* Senato della Repubblica (IT) XII legislatuur, 6 april 1995, nr. S1600-A, 8 (hierna: Voorgestelde tekst Senaatscommissie *legge comunitaria 1994*).

[48] "*op een wijze die niet-homogeen lijkt in vergelijking met de terminologie van de Italiaanse rechtsorde*[.]" Aldus de Commissie Justitie bij de Kamer, in Relazione (verslag) della Commissione speciale per le politiche comunitarie sul disegno di legge 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', *Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni - Documenti* Camera dei Deputati (IT) XII legislatuur, 16 januari 1995, nr. C1882-A, 91.

[49] I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraatsproefschrift Rechten Universiteit Gent, 1999-2000 (hierna: I. DEMUYNCK, *Thesis*), 244.

[50] Art. 31, §1 WHPC.

[51] *Cf.* I. DEMUYNCK, *Thesis*, 244.

[52] Zie art. 6:233, 6:236 en 6:237 NBW.

[53] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 245 en B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2010, 128, nr. 7.2.

[54] Zie *infra*, nr. 080.

inzake een gemeenschappelijk Europees kooprecht[55] het heeft over *oneerlijke voorwaarden*.[56]

048. **Engels en Frans. –** Noch in het Engels, noch in het Frans stelt de terminologie op dit punt problemen. Zowel de Richtlijn, de Engelse omzettingsregeling[57] als de oorspronkelijke Engelse Act uit 1977[58] hebben de notie *unfair terms* in hun hoofding. *Clauses abusives* is dan weer terug te vinden in de Franse lezing van de Richtlijn, in de (afgeschafte) *Loi Scrivener*[59] en haar opvolger, alsook in de Belgische Wet Handelspraktijken uit 1991 en haar opvolgers.[60]

049. **Duits. –** In het Duits heeft de Richtlijn het over *mißbräuchliche Klauseln*.[61] De Duitse wetgever kopieert dit begrip echter niet in de nationale wetgeving en verkiest integendeel het begrip telkens te omschrijven.[62]

050. **Italiaans. –** Ook in Italië wordt de communautaire terminologie niet overgenomen. Waar de Richtlijn het immers heeft over *clausole abusive*, verkiest de wetgever de term *clausole vessatorie* (letterlijk: kwellend, onderdrukkend, hinderlijk).[63] Die keuze is logisch, gezien de doctrine diezelfde terminologie al gebruikte om de bedingen onder het beschermingsregime uit de *Codice civile* aan te duiden[64] en temeer nu de wetgever verwarring met *abuso del diritto* (rechtsmisbruik)[65] wilde voorkomen.[66]

[55] COM/2011/635/FINAL.
[56] COM/2011/635/FINAL, 74, zoals goedgekeurd zonder amendementen met betrekking tot het gebruik van de terminologie door het Europees Parlement in eerste lezing (TA/2014/159/P7) (hierna naar verwezen als: Gemeenschappelijk Europees Kooprecht of CESL).
[57] Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UK).
[58] Unfair Contract Terms Act 1977 (UK).
[59] Art. 35 t.e.m. 38 loi (FR) 10 januari 1978, nº 78-23 'dites Scrivener sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services', *JO* 11 januari 1978, 301. Zie *infra*, nr. 054.
[60] *Cf.* I. DEMUYNCK, *Thesis*, 244-245.
[61] Ook de officieuze coördinatie in het Duits van onze WMPC gebruikt die term (art. 2.8 wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming – Officieuze coördinatie in het Duits, *BS* 16 december 2010).
[62] Zie bv. § 307 Bürgerliches Gesetzbuch.
[63] Het behoeft evenwel opmerking dat de terminologie niet steeds even consistent wordt gebruikt. Zo wordt sporadisch toch van "*abusiva*" en "*abusività*" gewaagd.
[64] De bedingen uit art. 1341, tweede lid Codice civile (IT) werden zo genoemd. Zie bv. L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, "Struttura ed efficacia del contratto" in L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk VI, sectie II, nr. 4.1.
[65] *Cf.* I. DEMUYNCK, *Thesis*, 245. Zie over *abuso del diritto* in het Italiaans recht, L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, "Le situazioni giuridiche soggettive" in L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk III, nr. 1.1.5.
[66] Aldus de parlementaire voorbereidingen (disegno di legge (wetsontwerp) 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', *Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni - Documenti* Camera dei Deputati (IT) XII legislatuur, 16 januari 1995, nr. C1882, 9) en G. ALPA, "L'expérience de l'Italie" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, (46) (hierna: G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*) 49.

2.4. VASTSTELLING

051. **Verwarringsgevaar. –** Na deze preliminaire opmerkingen weze het aan de lezer al meteen duidelijk dat het geen sinecure is om een soort *juridisch Esperanto*[67] te hanteren. Elk van de hierboven aangehaalde begrippen heeft immers een specifieke, gedefinieerde betekenis op verschillende tijdstippen in één of meerdere nationale rechtsordes en/of in het consumentenacquis van de Europese Unie. Betekenisverschillen en -fluctuaties zijn vaak miniem, maar niettemin schuilt daarin net het gevaar, gezien het negeren van die verschillen de uitkomst van een rechtsvergelijkend onderzoek uitermate kan vertekenen.

[67] Zie, over het taalprobleem in de rechtsvergelijking, F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT en K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking – Studentenuitgave*, Mechelen, Kluwer, 2007, 58-60, nr. 91-96; C. GREWE, "Entre la Tour de Babel de l'espéranto: les problèmes du (des) langage(s) du droit comparé" in M. BAUDREZ en T. DI MANNO (eds.), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras: la communicabilité entre les systèmes juridiques*, Brussel, Bruylant, 2005, 115-129; W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1998, 51-61. De uitdrukking is te danken aan de colleges van prof. dr. M. KRUITHOF.

3. TOTSTANDKOMING REGELGEVING

“ ***Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien en wil?*** **„**

— Spreekwoord.

052. **Interne markt. –** Wanneer op 21 april 1993 de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten wordt gepubliceerd in het Publicatieblad van de (thans) Europese Unie, dan betekent dit dat er voor de eerste keer in het communautaire acquis op erg rechtstreekse wijze wordt ingegrepen in het contractenrecht.[68] Gewapend met de verwezenlijking van een Europese interne markt als hoofddoel[69], meent de Uniewetgever met name dat er een pan-Europese noodzaak is om het gebruik van zogenaamde ‘niet-onderhandelde[70] oneerlijke bedingen’ aan banden te leggen.[71]

[68] E.H. HONDIUS, “La directive sur les clauses abusives et les états membres de l’union européenne” in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, (591) (hierna: E.H. HONDIUS, *La directive et les états membres*) 602, nr. 20; P. SIRENA, “La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell’interpretazione della giurisprudenza e dell’arbitro bancario finanziario (ABF)” in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent’anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (59) (hierna: P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell’arbitro bancario*) 59-61; T. WILHELMSSON, “The Unfair Contract Terms Directive and the Nordic contract model” in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L’integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, (14) (hierna: T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*) 14.

[69] Zie met name considerans 1 t.e.m. 3 Richtlijn.

[70] Art. 3.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[71] Meer informatie over de formele en materiële grondslag van de Richtlijn en de Bijlage kunnen o.a. worden gevonden in P. CAMBIE, *Onrechtmatige Bedingen*, Brussel, Larcier, 2009 (hierna: P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*), 4-6, nr. 5-6; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien : Auswirkungen nationaler Umsetzungstechniken auf den Harmonisierungserfolg*, Frankfurt am Main, Lang, 2003 (hierna: K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*), 57-59; N. REICH en H.W. MICKLITZ, “Unfair Terms in the Draft Common Frame of Reference (Comments on the Occasion of the Tartu Conference on Recent Development in European Private Law)”, *Juridica International*, afl. XIV, 2008, (58) (hierna: N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Unfair Terms in DCFR*) 62-63; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011 (hierna: E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*), 449-451, nr. 763-766.

3.1. NATIONALE WETGEVING VÓÓR DE RICHTLIJN

3.1.1. FRANKRIJK, DUITSLAND EN ENGELAND

053. **Niet nieuw. –** Het hoeft evenwel niet te verwonderen dat het eigenlijke startpunt van de reglementering van oneerlijke bedingen[72] in Europa niet samenvalt met de uitvaardiging van die ene richtlijn. De bescherming van zwakkere contractpartijen tegen een sterkere, professionele wederpartij is geen thema dat enkel de Europese wetgever heeft aangezet tot interveniëren. Reeds vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw wordt er door verschillende nationale wetgevers gepoogd om een bescherming tegen dit contractuele onevenwicht in te bouwen[73], zij het onder diverse vormen.

054. ***AGB-Gesetz* en *Loi Scrivener*. –** Onder deze noemer van nationale regelgeving ter bescherming tegen oneerlijke bedingen, worden klassiek de Duitse *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingen*[74], alias de *AGB-Gesetz* uit 1976[75] en de Franse *Loi nº 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs des produits et services*[76], ofte *Loi Scrivener* uit 1978[77] genoemd. Beide wetten boden bescherming in de genoemde omstandigheid, met name in de situatie van contractonevenwicht.[78]

055. **Toepassingsgebieden. –** Bij het vergelijken van die oorspronkelijke Duitse en Franse wet[79] mag evenwel niet worden voorbijgegaan aan de verschillende wijze waarop het toepassingsgebied[80] werd bepaald. De Loi Scrivener knoopte immers vast aan de hoedanigheid van de contractsluitende partijen: enkel overeenkomsten gesloten tussen een *professionnel* en een *non-professionnel* of *consommateur*[81] konden rekenen op het beschermingsregime.[82] Een dergelijk personeel toepassingsgebied was daarentegen niet

[72] Ter verduidelijking lijkt het nuttig erop te wijzen dat de term 'oneerlijke bedingen' in dit eerste hoofdstuk in een ruime lezing wordt gebruikt. Wanneer dus op verschillende plaatsen in de tekst wordt gesteld dat de nationale wetgever bescherming tegen oneerlijke bedingen installeerde, dan wordt niet *per se* geïmpliceerd dat die nationale regelgeving uitging van de notie 'oneerlijke bedingen' die in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt gehanteerd.

[73] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 4, nr. 4 en P. NEBBIA, *Unfair contract terms in European Law: a study in comparative and EC law*, Oxford, Hart, 2007 (hierna: P. NEBBIA, *Study*), 7.

[74] Gesetz (DE) 9 december 1976 'zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen', *BGBl. I* 15 december 1976, 3317 (hierna: AGB-Gesetz of AGBG).

[75] Zie, over de bescherming tegen algemene voorwaarden in Duitsland vóór de Richtlijn, K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 60-62.

[76] Loi (FR) 10 januari 1978, nº 78-23 'dites Scrivener sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services', *JO* 11 januari 1978, 301 (hierna: Loi Scrivener).

[77] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 65-67.

[78] P. NEBBIA, *Study*, 7 en 26-27.

[79] Beide zijn inmiddels opgeheven. Zie *infra*, nr. 068 en 076.

[80] Over het toepassingsgebied, zie ook *infra*, nr. 081.

[81] Art. 35 Loi Scrivener, thans art. L. 132-1, eerste lid, C.consomm.

[82] J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens (rapport français)" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 1-72 (hierna: J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*).

terug te vinden in de AGBG. De Duitse wetgever koos er namelijk voor het materiele toepassingsgebied te laten primeren: er kon pas sprake zijn van bescherming, wanneer er *Allgemeine Geschäftsbedingungen* in het spel waren, *i.e.* vooraf opgestelde clausules, bedoeld om te worden gebruikt in een veelheid van overeenkomsten.[83]

056. **Frankrijk: consument als 'zwakke onderhandelaar'. –** Dit onderscheid in het bepalen van het toepassingsgebied hangt samen met de twee verschillende vigerende visies op de verantwoording van overheidsingrijpen in de contractuele sfeer, in verband met oneerlijke bedingen. Enerzijds wordt met name voor de legislatieve interventie soms een grondslag gezocht in de idee dat er twee partijen zijn die zich jegens elkaar verhouden in een situatie van onderhandelingsonevenwicht. In dat perspectief is er met name één 'sterke' partij, de professioneel, die over meer macht beschikt om zijn wil te laten doorwerken in de overeenkomst. Zijn wederpartij, de niet-professioneel of consument, bevindt zich aldus in een zwakkere positie, kan weinig tot niet onderhandelen, en heeft dus hoogstens een verwaarloosbare invloed op de eindovereenkomst. Deze idee lijkt de achterliggende grondgedachte te zijn geweest in Frankrijk[84], waar de wetgever dus is tussengekomen om aan dit *onevenwicht in onderhandelingsmacht*[85] te remediëren.[86]

057. **Duitsland: transactiekosten. –** Aan de AGBG ligt daarentegen een andere ideologie ten grondslag. De Duitse oneerlijkebedingenleer wordt namelijk genoemd als klassiek voorbeeld van regelgeving, gegrond op de idee dat het gebruik van standaardovereenkomsten een 'inherent gevaar' inhoudt om "één partij de mogelijkheid te ontzeggen om de bedingen in detail te onderhandelen", waardoor een soort billijkheidstoets ter controle moet worden ingevoerd.[87] Deze visie wordt de *transactiekostentheorie* genoemd: de professioneel aan de ene kant weet wat er staat in de overeenkomst die hij hanteert, en hoeft die slechts eenmaal op te stellen. Zijn contractpartij zou aan de andere kant bepaalde (hoge) kosten moeten maken om die inhoud te begrijpen en onderhandelen mogelijk te maken, dus doet dat vaak niet.[88]

---

[83] § 1 AGBG. *Cf. infra*, nr. 094.
[84] P. NEBBIA, *Study*, 34.
[85] *Inequality of bargaining power*. Zie P. NEBBIA, *Study*, 34.
[86] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 3, nr. 3, H.W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRYN en D. DROSHOUT (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law* in W. VAN GERVEN (ed.), *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford – Portland (OR, V.S.), Hart, 2010 (hierna: H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*), 280; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Munchen, European Communities, 2008, 346 en http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf (hierna: H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*), 337-338; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, "Evolutiepolen van de onrechtmatige bedingenleer", *DCCR* 2013, (141) (hierna: S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*) 143-144, nr. 5-6; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 453-454, nr. 769-771 en 456-457, nr. 776.
[87] P. NEBBIA, *Study*, 34.
[88] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 3, nr. 3; H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 280; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 337; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 144, nr. 7; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 454-456, nr. 772-774 en 457, nr. 777. Voor een heldere uiteenzetting van die economische theorie, zie ook H. SWENNEN, "Het voorstel van de Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten" in J. MEEUSEN, G.

058. **Engeland. –** Ook het Engelse recht kende wetgeving met betrekking tot oneerlijke bedingen vóór de tussenkomst van de Europese wetgever. Reeds in de negentiende eeuw is er met name rechtspraak die weigert doorgang te verlenen aan oneerlijke bedingen, onder het mom van loutere formele controle.[89] De Unfair Contract Terms Act[90] uit 1977[91] stelt zich verder tot doel om één van de meest hardnekkige oneerlijke bedingen aan banden te leggen: de aansprakelijkheidsuitsluitende en -beperkende bedingen.[92]

3.1.2. TOETREDINGSOVEREENKOMSTEN IN DE ITALIAANSE CODICE CIVILE

059. **Burgerlijk wetboek van 1942. –** Het verdient evenwel de aandacht dat de voornoemde Duitse en Franse wetgevende optredens uit de jaren 1970 niet noodzakelijk als werkelijk de eerste vorm van bescherming tegen 'opgedrongen' overeenkomsten hoeft te worden beschouwd. Twee bepalingen uit de Italiaanse Codice civile[93] van 1942 besteedden toen reeds aandacht voor *condizioni generali di contratto* (algemene contractvoorwaarden) in *contratti d'adesione* (toetredingsovereenkomsten)[94], waardoor P. NEBBIA zelfs pleegt te spreken van:

> " *the first* [*civil code*] *in Europe to address specific norms to this phenomenon and to face the conflict between the need to protect the party who cannot choose the content of the contract and the wish to encourage business activity, clearly facilitated by the use of standard term contracts.* "[95]

060. **Formele vereisten. –** De voormelde bepalingen betreffen met name de artikelen 1341 en 1342 van de Codice civile, waarin eigenlijk slechts een formele, procedurele bescherming wordt geboden[96] aan de persoon die geacht wordt te zijn gebonden door een

STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (55) (hierna: H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*) 56-59.

[89] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 62-63.

[90] Unfair Contract Terms Act 1977 (UK) (hierna ook: UCTA).

[91] R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 28-29 en K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 63.

[92] Unfair Contract Terms Act 1977 (UK), s 13.

[93] Dit is het Italiaanse burgerlijk wetboek. Regio decreto (IT) 16 maart 1942, n. 262 'approvazione del testo del Codice civile', *GU* 4 april 1942, n. 79 (hierna: c.c.).

[94] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 67; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Turijn, Giappichelli, 2014 (hierna: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*), 3.

[95] P. NEBBIA, *Study*, 32.

[96] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale del Diritto dei* Consumatori, Rome, DIKE Giuridica Editrice, 2013 (hierna: A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*), 87, nr. 1; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 68-69; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 19; P. NEBBIA, *Study*, 45 en 49; L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, "Struttura ed efficacia del contratto" in L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk VI, sectie II (hierna: L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*), nr. 4.1; V. ROPPO, "Imprese e consumatori" in V. ROPPO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk 60 (hierna: V. ROPPO, *Imprese e consumatori*), nr. 5. Ook de Italiaanse wetgever bleek, ten tijde van het omzetten van de Richtlijn, het puur formele karakter van de bescherming te beseffen. Zie disegno di legge (wetsontwerp) 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', *Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni - Documenti* Camera dei Deputati (IT) XII legislatuur, 16 januari 1995, nr. C1882 (hierna: Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*), 9. Zie ook *infra*, nr. 289.

unilateraal, voor een onbepaald aantal overeenkomsten bestemd standaardcontract, opgedrongen door de wederpartij.[97] Meer concreet stipuleert de Codice civile in die bepalingen: de normen waaraan moet zijn voldaan opdat algemene voorwaarden aan de wederpartij kunnen worden tegengeworpen[98], de vereiste van een afzonderlijk geschrift voor welbepaalde categorieën schadelijke bedingen[99] en de regel dat de aan de contractverhouding toegevoegde bedingen voorrang hebben boven de algemene voorwaarden[100].

061. **Wetboek van recente datum. –** De vaststelling dat het Italiaanse burgerlijk wetboek bepalingen bevat die ervan uitgaan dat potentiële contractpartijen zich tijdens de onderhandelingen niet steeds in een evenwaardige positie bevinden, hoeft niet te verbazen. Waar de Frans-Belgische *Code Napoléon*[101] en het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*[102] zich immers uitgevaardigd zien aan het begin resp. einde van de negentiende eeuw, is hun huidige[103] Italiaanse nevenknie van recentere datum. De Italiaanse wetgever liet zich dan ook niet enkel inspireren door het verlichtingsdenken – dat de grote rol van de partijautonomie verklaart[104] – maar ook door het Duitse model[105]. De codex was bijgevolg ingegeven door een meer *solidair*[106] mensbeeld, in vergelijking met de veeleer individualistische perceptie van haar voorganger.[107] In die wetenschap is het bestaan van regels ter bescherming van een 'zwakkere' contractant dan ook niet verwonderlijk.[108]

3.2. TOTSTANDKOMING VAN DE RICHTLIJN

062. **Lang gewacht. –** Reeds eind jaren '70 werden een aantal voorstellen geponeerd om een pan-Europese regeling van standaardovereenkomsten te bewerkstelligen.[109] Het succes van die voorstellen bleef evenwel uit, doordat de nationale wetgevers van een aantal lidstaten beslisten om zelf een regeling dienaangaande op poten te zetten.[110] Pas na

[97] Zie *infra*, toepassingsgebied, nr. 101.
[98] Art. 1341, eerste lid c.c. Zie ook *infra*, nr. 285.
[99] Art. 1341, tweede lid c.c. Zie ook *infra*, nr. 288.
[100] Art. 1342 c.c.
[101] Loi (FR) 30 ventôse – 10 germinal jaar XII (21 maart 1804) 'concernant la réunion des lois civiles en un seul corps de loi, sous le titre de Code civil des français' (hierna: CC, voor wat betreft de Franse Code Civil, en BW, voor wat betreft het Belgisch Burgerlijk Wetboek).
[102] Bürgerliches Gesetzbuch (DE) 18 augustus 1896, officieel gecoördineerd op 2 januari 2002, *BGBl. I* 8 januari 2002, 42, *err. BGBl. I* 31 juli 2002, 2909 (hierna: BGB).
[103] Het vorige Italiaanse burgerlijk wetboek dateert immers van 1865 (E. PIRO, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, DIKE Giuridica Editrice, 2013 (hierna: E. PIRO, *Tutela*), 4).
[104] P. NEBBIA, *Study*, 31.
[105] E. PIRO, *Tutela*, 4.
[106] Hier uiteraard bedoeld in de niet-juridische betekenis, als in 'saamhorig'. Vertaling uit het Italiaanse 'solidaristico'.
[107] E. PIRO, *Tutela*, 4.
[108] Voor een bondig overzicht van de geschiedenis van het contractenrecht in de Codice civile, met inbegrip van de ontwikkelingen na de invoering van dat wetboek, wordt verwezen naar E. PIRO, *Tutela*, 4-17.
[109] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 55 en P. NEBBIA, *Study*, 3-12.
[110] *Cf. supra*, nr. 053.

een *consultation paper* uit 1984[111] wordt er uiteindelijk op 24 juli 1990 een eerste voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen[112] door de Commissie toegezonden aan de Raad. Dit vormt het startsein van wat door de Italiaanse doctrine zo welluidend de *iter legis* wordt genoemd.

063. **Procedure. –** Na de evaluatie van de voorgestelde amendementen uit de eerste lezing door het Europees Parlement, wordt in het voorjaar van 1992 door de Commissie een gewijzigd voorstel aangenomen.[113] In de herfst van hetzelfde jaar geeft de Raad haar gemeenschappelijk standpunt over dat voorstel[114] te kennen. Daarna volgt de tweede lezing van het Parlement, waarna het voorstel door de Commissie wordt herwerkt[115] en tot slot formeel wordt aangenomen door de Raad op 5 april 1993.

064. ***Ratio*(*nes*) van de Richtlijn. –** De Richtlijn geeft uiting zowel aan de *leer van het onderhandelingsmachtsonevenwicht* van Franse origine, als aan de typisch Duitse *transactiekostenleer*.[116] Dit blijkt onder meer uit de dubbele afgrenzing van het toepassingsgebied[117] en werd bij verschillende gelegenheden bevestigd door het Hof van Justitie.[118]

3.3. IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN IN DE NATIONALE RECHTSORDES

065. **Algemene vaststellingen. –** Gezien een richtlijn slechts ten volle uitwerking kan hebben na haar omzetting in de nationale rechtsorde door de verschillende wetgevers[119], en het aan de nationale wetgevers zelf toekomt de meest geschikte middelen te kiezen om richtlijnen te implementeren[120], worden hierna een aantal algemene vaststellingen in verband met de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen aangehaald.

---

[111] P. NEBBIA, *Study*, 7.
[112] COM(90)322 def.
[113] COM(92)66 def.
[114] SEC(92)1944 def.
[115] COM(93)11 def.
[116] Zie, over beide strekkingen, *supra*, nr. 056 en *infra*, nr. 076.
[117] Zie *infra*, nr. 093.
[118] Arrest Océano Grupo, C-240/98 t.e.m. C-244/98, EU:C:2000:346, punt 25, arrest Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, punt 25, arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2010:309, punt 27, arrest Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punt 22, arrest Asturcom, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 29, arrest Pereničová, C-453/10, EU:C:2012:144, punt 27, arrest Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punt 39, arrest Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, punt 19, arrest Brusse, C-488/11, EU:C:2013:341, punt 31 en arrest Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, punt 22. Zo ook H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 338; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 144-145, nr. 8; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 458, nr. 780.
[119] Arg. *ex* art. 288 VWEU. De hier besproken richtlijn regelt voorts voornamelijk de rechtspositie tussen twee particulieren (*cf. infra*, nr. 138). In die private verhouding kan zij dan ook geen uitwerking hebben, gelet op de principiële afwijzing door het Hof van Justitie van de zogeheten 'horizontale directe werking' van richtlijnen (arrest Marshall, C-152/84, EU:C:1986:84).
[120] Art. 288 VWEU.

3.3.1. GEBREK AAN IMPLEMENTATIE IN BELGIË EN NEDERLAND

066. **België. –** De Belgische wetgever achtte het niet nodig om de Richtlijn om te zetten in de interne rechtsorde. In 1991 was hij immers reeds vooruitgelopen op de uitvaardiging van de Europese regels en had hij een nieuwe Wet Handelspraktijken[121] geïnstalleerd, die positief zou moeten worden getoetst aan de Richtlijn.[122]

067. **Nederland. –** Ook Nederland meende oorspronkelijk dat het onnodig was om via nieuwe wetgeving de Richtlijn te implementeren.[123] Het verwees daarbij naar de toenmalige lezing van het Nederlands Burgerlijk Wetboek[124], waarvan het de tekst geschikt achtte om te besluiten dat de bescherming uit de Richtlijn reeds deel uitmaakte van de Nederlandse rechtsorde[125], temeer in het licht van het beginsel van de richtlijnconforme interpretatie[126].

3.3.2. IMPLEMENTATIE- EN CORRECTIEWERKZAAMHEDEN

068. **Franse Code de la consommation. –** Frankrijk kent sedert 1993 een wetboek gewijd aan het consumentenrecht[127] met daarin een hoofdstuk *Clauses abusives*.[128] Dit wetboek verving onder meer de oude *Loi Scrivener*[129] en trachtte een alomvattende regeling van het consumptiewezen te bewerkstelligen. Ten gevolge van de inwerkingtreding van de Richtlijn, worden (laattijdig[130]) een aantal wijzigingen in die

[121] Wet (BE) (opgeheven) 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, *err. BS* 10 oktober 1991 (hierna: Wet Handelspraktijken of WHPC). Deze wet verving integraal de oude wet (BE) 30 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, *BS* 30 juli 1971.

[122] INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, H. HALL en C. TIXADOR, *Application de la directive 93/13 aux prestations de service public: rapport de synthèse*, online uitg. rapport op vraag van de Commissie, 1997, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct02_fr.pdf (hierna: INC, *Prestations de service public*), 99; S. STIJNS, "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, (148) (hierna: S. STIJNS, *WHPC na 1998*) 148.

[123] P. NEBBIA, *Study*, 139, vn. 21; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 353-354; B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE, *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2010 (hierna: B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*), 12, nr. 1.5.

[124] Het Nederlandse *(Nieuw) Burgerlijk Wetboek* (hierna ook: NBW) werd periodiek in delen afgekondigd. De invoering van het voor deze verhandeling relevante Boek 6 NBW, gebeurde per wet (NL) 22 november 1991, *Stb.* 18 december 1991, 600.

[125] Zie arrest Commissie t. Nederland, C-144/99, EU:C:2001:257, punt 21 en 26, alsook conclusie Commissie t. Nederland, C-144/99, EU:C:2001:50, punt 10.

[126] Dit beginsel houdt in dat, bij twijfel over de interpretatie van een regel van nationaal recht, de voorkeur moet worden gegeven aan de interpretatie van die regel conform de Europeesrechtelijke normen die met betrekking tot die materie werden uitgevaardigd (arrest Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395), zolang er een nationaal aanknopingspunt is dat ruimte laat voor zo'n interpretatie (arrest Adeneler *et al.*, C-212/04, EU:C:2006:443).

[127] Bijlage bij loi (FR) 26 juli 1993, nº 93-949 'relative au Code de la consommation (partie Législative)', *JO* 27 juli 1993 (hierna: Code de la consommation of C.consomm.).

[128] Zie art. L. 132-1 e.v. C.consomm.

[129] Zie art. 4, zestiende streepje loi (FR) 26 juli 1993, nº 93-949 'relative au Code de la consommation (partie Législative)', *JO* 27 juli 1993.

[130] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 78.

Code de la consommation aangebracht.[131] Zo wordt onder meer de (strenge[132]) vereiste van *abus de la puissance économique de l'autre partie* met een *avantage excessif* voor de professioneel[133] geschrapt.[134]

069. **Duitse AGB-Gesetz. –** Ook in de Duitse AGB-Gesetz worden in 1996 een aantal wijzigingen[135] aangebracht om de wet in overeenstemming te brengen met de richtlijn.[136]

070. **Onjuiste omzetting in België. –** In 1997 laat de Europese Commissie voorts weten[137] dat de omzetting van de Richtlijn in de Belgische rechtsorde onvolledig en onjuist is.[138] Met name is het personeel toepassingsgebied van de WHPC te eng in vergelijking met dat van de Richtlijn.[139] Een wetswijziging uit 1998[140] moet hieraan verhelpen, doch het resultaat is een nogal weinig coherent allegaartje aan normgeving[141]

071. **Onjuiste omzetting in Nederland. –** Ook Nederland wordt door de Europese Commissie op de vingers getikt voor het niet-omzetten. Dit resulteert uiteindelijk in een veroordeling van de Nederlandse staat door het Hof van Justitie in 2001.[142] Nog voor het wijzen van het arrest wordt evenwel een wijzigingswet[143] gestemd, die de regels in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek[144] aan de Europese eisen conformeert.[145]

---

[131] Art. 1 t.e.m. 6 loi (FR) 1 februari 1995, nº 95-96 'concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial', *JO* 2 februari 1995.
[132] P. NEBBIA, *Study*, 27.
[133] F. TERRÉ (ed.), *Le consommateur et ses contrats* in *Juris compact*, Parijs, Juris-Classeur, 1999, *v° Clauses abusives*, 256, nr. 017-04.
[134] Zie de oorspronkelijke lezing van art. L. 132-1 C.consomm. (K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 123-124).
[135] Met name wordt de bescherming tegen het gebruik van algemene voorwaarden door een professioneel (*Unternehmer* – thans § 14 BGB), specifiek in geval van overeenkomsten met een consument (*Verbraucher* – thans § 13 BGB) verhoogt door de invoering van § 24a AGBG (thans § 310(3) BGB) door art. 1 Gesetz (DE) 'zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung', *BGBl. I* 24 juli 1996, 1013.
[136] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 69-70; P. NEBBIA, *Study*, 26.
[137] Met redenen omkleed advies (van de Commissie) aan het Koninkrijk België uit hoofde van artikel 169 van het EG-Verdrag betreffende de onvolledige omzetting van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Parl.St.* Kamer (BE) 1997-98, nr. 1565/3, 25-30.
[138] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 341-342; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 148.
[139] Zie hierover ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 36, nr. 38 e.v.
[140] Wet (BE) 7 december 1998 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 23 december 1998. Voor een bespreking van de wijzigingen ten gevolge van die wet, zie – naast S. STIJNS, *WHPC na 1998* – H. DE BAUW, "Handelspraktijken – Nieuwe regels m.b.t. onrechtmatige bedingen – Wet van 7 december 1998", *TBH* 1999, 139-140, F. DOMONT-NAERT, "Développements récents – droit des contrats – Loi du 7 décembre 1998 modifiant les règles relatives aux clauses abusives", *DCCR* 1999, 359 en J. STUYCK, "Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken", *TBH* 2000, 38.
[141] S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 168.
[142] Arrest Commissie t. Nederland, EU:C:2001:257. Voor een inhoudelijke bespreking, zie *infra*, bij de behandeling van de verschillende aspecten van de Richtlijn.
[143] Wet (NL) 28 oktober 1999 tot aanpassing van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Stb.* 16 november 1999, 468.
[144] Zie met name art. 6:231 t.e.m. 6:247 NBW.
[145] J.M. SMITS, "Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie", *WPNR* 2001, 853-855; B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 12, nr. 1.5.

072. **Engelse UCCTR's. –** Engeland gaat voorts tamelijk snel over tot implementatie van de Richtlijn. Hoewel het misschien meer verhelderend was geweest om de Unfair Contract Terms Act uit 1977 aan te passen[146], kiest de wetgever aan de andere kant van het Kanaal er niettemin voor de oneerlijke bedingen te regelen in aparte *Regulations* die naast de Act uit 1977 blijven vigeren.[147] Een eerste set Unfair Terms in Consumer Contract Regulations uit 1994 blijkt evenwel te stoten op klachten vanwege consumentenorganisaties over non-conformiteit met de Richtlijn. Bijgevolg worden in 1999 een reeks homonieme Regulations[148] afgekondigd, die de vorige moeten vervangen. Op heden bestaan de UCTA en de UTCCR 1999 nog steeds naast elkaar[149], al werden studies besteld om de mogelijke integratie van de documenten te onderzoeken[150].

073. **Laattijdige invoeging in de Italiaanse Codice civile. –** In tegenstelling tot het Franse en het Duitse rechtsstelsel, en zoals dat ook het geval was met het Engelse, was de Italiaanse rechtsorde bij de emanatie van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen onbekend met het concept van een inhoudelijke[151] controle op niet-onderhandelde clausules.[152] Deze duidelijke noodzaak aan nieuwe regelgeving ten spijt, duurt het tot februari 1996[153] eer de bescherming tegen oneerlijke bedingen wordt omgezet in nationaal recht.[154] Via de techniek van de zogeheten *legge comunitaria* (communautaire wet)[155] wordt met name

146 R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 29.
147 Zie, met betrekking tot de verklaring van dat gegeven, K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 73-74 en P. NEBBIA, *Study*, 41.
148 Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 (UK), SI 1999/2083 (hierna ook verkort: UTCCR).
149 K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 184-185 en 186-187.
150 Zie de THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts. Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (The Law Commission Consultation Paper No 292 / The Scottish Law Commission Discussion Paper No 199)*, online uitg. rapport, 2004-2005, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf (hierna: LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 292*), 8, nr. 2.2; THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a New Approach? – Summary of the Issues Paper*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues_summary.pdf (hierna: LAW COMMISSION (UK), *New Approach? – Summary*), 2, nr. S.6; THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts – Impact Assessment (IA No LAWCOM0024)*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues_impact_assessment_revised.pdf, 19 p., waarin telkens wordt besloten dat het huidige systeem van *double-banking* moet verdwijnen.
151 Er was wel de *formele* controle waarvan sprake, *supra*, nr. 059 e.v.
152 P. NEBBIA, *Study*, 40-41 en V. RIZZO, "La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (39) (hierna: V. RIZZO, *Profili storici*) 43-44.
153 Dit is ruim dertien maanden na de uiterlijke omzettingsdatum *ex* art. 10.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
154 Legge (IT) 6 februari 1996, n. 52, 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', *GU* 10 februari 1996, n. 34, *Suppl. Ordinario* 24 (hierna: Communautaire Wet (IT) 1996, n. 52). Zie ook INC, *Prestations de service public*, 106 en E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 21-22. De laatste auteur gaat ook in op de omzettingsperikelen m.b.t. de Richtlijn en wijst o.a. op de erg slechte Italiaanse vertaling ervan en op het gevoel bij de Italiaanse juristen te worden onderworpen aan een Duits-Franse 'kolonisatie van het Italiaanse privaatrechtelijke stelsel'.
155 Het (typisch Italiaanse) systeem van de *leggi comunitarie* is een wetgevende techniek, bedoeld om de vaak lang aanslepende omzetprocedures te versnellen (R. ADAM en A. TIZZANO, "Organizzazione e procedure per la partecipazione italiana alle politiche dell'Unione europea" in R. ADAM en A. TIZZANO,

een nieuw hoofdstuk ingebouwd in de titel over gemeen contractenrecht in boek IV van de Codice civile.[156] Die nieuwe regels blijven bestaan naast[157] de *supra* vernoemde bepalingen ter *formele* bescherming bij toetredingsovereenkomsten[158], gezien beide normensets verenigbaar worden geacht[159].

074. **Onjuiste omzetting in Italië. –** De (laattijdige) introductie van nieuwe regels in het Italiaanse burgerlijk wetboek blijkt evenwel niet te voldoen aan de vereisten van de Richtlijn.[160] De Commissie geeft Italië in 1998 dan ook te kennen dat de omzetting onvolledig en onjuist werd bevonden op vier punten.[161] Met de *legge comunitaria* van het daarop volgende jaar[162] wordt de Codice civile aangepast aan de eerste drie van de geformuleerde kritieken.[163] Het weigeren van de Italiaanse wetgever om ook het vierde aandachtspunt van de Commissie weg te werken, leidt daarentegen tot een veroordeling door het Luxemburgse Hof.[164]

3.4. NATIONALE WETSWIJZIGINGEN NA 2000

075. **Italië. –** Ook na de millenniumovergang worden door de nationale wetgevers nog – in elk geval formele – wijzigingen in het leerstuk der oneerlijke bedingen doorgevoerd. Zo wordt in Italië een *Codice del consumo* (Consumptiewetboek) afgekondigd in 2005.[165]

Lineamenti di diritto dell'Unione europea, Turijn, Giappichelli, 2010, tweede deel, hoofdstuk II, nr. 4). Het werd voor het eerst ingevoerd door de Wet-*La Pergola* van 1989 en houdt in dat de minister bevoegd voor communautaire aangelegenheden jaarlijks een wetsontwerp indient waarin alle EU-normen van het voorafgaande jaar die door Italië moeten worden omgezet, verwerkt zijn (R. ADAM en A. TIZZANO, *ibidem*, nr. 5 en art. 8 legge (IT) 9 maart 1989, n. 86 'contenente norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari', *GU* 10 maart 1989, n. 58). Zie ook G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 46.

156 Met name werden de art. 1469*bis* t.e.m. 1469*sexies* c.c. ingevoerd.

157 G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 56; A. CANDIAN, "Contratto di assicurazione e clausole vessatorie" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (79) (hierna: A. CANDIAN, *Contratto di assicurazione*) 80.

158 Zie *supra*, nr. 059 t.e.m. 061.

159 Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*, 9 en, *in extenso* over de verhouding tussen de gemeenrechtelijke, formele en de inhoudelijke bescherming, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 108-110.

160 P. NEBBIA, *Study*, 43.

161 De Commissie opperde namelijk dat het materiële toepassingsgebied van de Italiaanse wetgeving te eng was, dat de uitsluiting van rechtskeuze voor een voor de consument minder gunstig regime te weinig bescherming bood, dat het beginsel *contra proferentem* onterecht ook doorwerkte bij preventieve acties en dat, in weerwil van de Richtlijn, consumentenorganisaties niet preventief konden ageren tegen ondernemingen die oneerlijke bedingen *aanbevelen*.

162 Art. 25 legge (IT) 21 december 1999, n. 526 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1999', *GU* 18 januari 2000, n. 13, *Suppl. Ordinario* 15 (hierna: Wet (IT) 1999, n. 526).

163 P. NEBBIA, *Study*, 43.

164 Arrest Commissie t. Italië, C-372/99, EU:C:2002:42. Zie ook P. NEBBIA, *Study*, 43.

165 Bijlage bij decreto legislativo (IT) 6 september 2005, n. 206 'Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229', *GU* 8 oktober 2005, n. 235, *Suppl. Ordinario* n. 162 (hierna: Codice del consumo of cod.cons.). Hierbij verdient het een kantmelding dat deze *codice* tot stand kwam via de – in Italië erg vaak gebruikte (zie bv. de opmerking van G. SETTIMI in Discussione del disegno di legge: Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia ale Comunità europee – legge comunitaria 1994 (1882), *Atti Parlamentari - Discussioni - Resoconto stenografico* Camera dei

Tezelfdertijd wordt ook de veroordeling door het Hof van Justitie[166] weggewerkt.[167] De officiële doelstelling[168] van dat nieuwe wetboek bestaat er in de bestaande consumentenrechtelijke normen naar buitenlands model[169] te clusteren en te systematiseren[170], zonder inhoudelijke wijzigingen die meer dan strikt noodzakelijk zijn.[171] Evenwel maakt het onder gezaghebbende auteurs gemeen gedachtegoed uit dat deze doelstellingen onvoldoende werden bereikt.[172]

076. **Duitsland. –** In Duitsland wordt voor een andere aanpak gekozen: in plaats van een nieuw wetboek rond marktpraktijken of consumptie te installeren, wordt besloten om de AGB-Gesetz als onderdeel van een algehele modernisering van het verbintenissenrecht met ingang van januari 2002 zonder inhoudelijke wijzigingen[173] te integreren in het Bürgerliches Gesetzbuch.[174] Daarmee wordt de positie van de regels inzake oneerlijke bedingen als onderdeel van het gemeen verbintenissenrecht formeel versterkt.[175]

Deputati (IT) XII legislatuur, 22 maart 1995, (9461) 9464) – techniek van *decreti legislativi*, ofte volmachtenbesluiten. In zo'n geval kent de wetgever aan de uitvoerende macht een tijdelijke bevoegdheid toe om normen uit te vaardigen met betrekking tot een bepaald onderwerp, die dan achteraf door het parlement worden bekrachtigd (*cf.* – wat ons Belgisch recht betreft – J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010 (hierna: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Publiekrecht*), 135-139, nr. 227-232.

166 Zie *supra*, nr. 074.

167 P. NEBBIA, *Study*, 44.

168 Dit blijkt althans uit de *memorie van toelichting* bij de Codice del consumo. Zie m.n. Relazione illustrativa (toelichting) del Ministero delle Attività Produttive sul decreto legislativo recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/mise_extra/phpZ5oRYB%20Relazione%20Illiva%20al%20Codice%20del%20Consumo.pdf (tevens officieus gepubliceerd in G. ALPA en L. ROSSI CARLEO (eds.), *Codice del consumo - Commentario*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 901 e.v.) (hierna: Relazione illustrativa cod.cons.), 7, nr. 5.

169 Met name de Franse Code de la consommation en het Spaanse wetboek uit 1984, maar ook het Belgische WER, dat zich toen nog in embryonale fase bevond (*cf. infra*, nr. 077) werden in ogenschouw genomen. Zie Relazione illustrativa cod.cons., 5, nr. 4.

170 A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Rome, DIKE Giuridica Editrice, 2013 (hierna: A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*), 2, nr. 1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 24-26; P. NEBBIA, *Study*, 44.

171 Relazione illustrativa cod.cons., 6, nr. 5.

172 De Codice wordt met name verweten onvolledig (zie o.a. C. AMATO, "Les contrats du consommateur en Italie" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, (131) (hierna: C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*) 131) en weinig coherent (zie o.a. G. AFFERNI, "Italy", *ERCL* 2008, (460) 460-461 (algemeen), A. CANDIAN, *Contratto di assicurazione*, 80 (i.v.m. verzekeringsovereenkomsten); E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Parijs, L.G.D.J., 2006 (hierna: E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*), 353-354, nr. 807, met verwijzingen naar Italiaanse doctrine) te zijn.

173 K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 107-108.

174 §§ 305 t.e.m. 310 BGB, ingevoegd door art. 1(12) Gesetz (DE) 'zur Modernisierung des Schuldrechts', *BGBl. I* 29 november 2001, 3138.

175 *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 62, nr. 79, K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 72, B. LURGER, "The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality", *ERCL* 2005, (442) (hierna: B. LURGER, *The Future of European Contract Law*) 454 en V. RIZZO, *Profili storici*, 45.

077. **België. –** Ook de Belgische wetgever blijft actief op het vlak van oneerlijke bedingen. Vooreerst is er de intrede in 2002 van een wet[176] ter regeling van de relatie tussen consumenten en *beoefenaars van een vrij beroep*.[177] De Wet Handelspraktijken uit 1991 wordt in 2010 voorts integraal vervangen door de Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming.[178] Uiteindelijk wordt die laatste wet, samen met de nodige wijzigingen ter omzetting[179] van de Richtlijn Consumentenrechten[180] met ingang van 31 mei 2014[181] geïntegreerd in boek VI[182] van het nieuwe Wetboek Economisch Recht[183]. Bij

[176] Wet (BE) 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002 (hierna: Wet Vrije Beroepers of WVB).

[177] Zie hierover *infra*, nr. 097 en 167 e.v.

[178] Wet (BE) 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010 (hierna: Wet Marktpraktijken of WMPC). Over die wet en de toenmalige verschillen in verband met het regime van de oneerlijke bedingen, zie onder meer F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, "Contractuele aspecten van de Wet Marktpraktijken" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch Recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten (XXXVIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva)*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1-53 (hierna: F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*); A. PUTTEMANS en R. GYORY, "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (ex-LPCC) et qu'en est-il de sa compatibilité avec le droit européen", *DCCR* 2011, 3-31 (hierna: A. PUTTEMANS en R. GYORY, *De neuf dans la LPMC*); R. STEENNOT, F. BOGAERT, F. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010 (hierna: R. STEENNOT *et al.*, *Wet Marktpraktijken*), vnl. 198-210.

[179] *Cf.* E. PIETERS, K. BYTTEBIER en R. FELTKAMP, "Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés", *TBH* 2014, (327) (hierna: E. PIETERS *et al.*, *CDE: Survol*), 346, nr. 42.

[180] Richtl.EP&Raad nr. 2011/83/EU, 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L* 22 november 2011, afl. 304, 64 (hierna: Richtlijn Consumentenrechten).

[181] KB 28 maart 2014 betreffende de inwerkingtreding van bepaalde boeken van het Wetboek van economisch recht, *BS* 9 mei 2014.

[182] Wet (BE) 21 december 2013 houdende invoeging van boek VI "Marktpraktijken en consumentenbescherming" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek VI, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek VI, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht, *BS* 30 december 2013. Zie, voor een bespreking van boek VI en de verschillen tussen het WER en de (afgeschafte) WMPC: B. KEIRSBLICK, "Boeken VI & XIV. Marktpraktijken en consumentenbescherming, ook voor vrije beroepen" in B. KEIRSBLICK en E. TERRYN, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 129-202; E. PIETERS *et al.*, *CDE: Survol*; R. STEENNOT en E. TERRYN, "De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar", *DCCR* 2014, 3-61 (hierna: R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*); G. VANDENDRIESSCHE, "Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek Economisch recht" in A. TALLON (ed.), *Het nieuwe wetboek van economisch recht*, Brussel, Larcier, 2014, 163-216.

[183] Wet (BE) 23 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013 (hierna: Wetboek Economisch Recht of WER).

die laatste omzetting zijn echter geen noemenswaardige wijzigingen[184] aangebracht aan het leerstuk inzake oneerlijke bedingen.[185]

078. **Aparte wetboeken. –** Aldus kan worden besloten dat thans de Belgische, Franse en Italiaanse rechtsorde over een apart *instrumentum* beschikken, waar de regels met betrekking tot consumentenbescherming en marktpraktijken in meer of mindere mate gebundeld worden. Hierbij is het wel vermeldenswaardig dat, waar de Franse[186] en Italiaanse[187] wetgever er voor hebben gekozen om ook de bepalingen over de consumentenkoop[188] te integreren in hun consumptiewetboeken[189], er naar de Belgische regels over dat thema nog steeds moet worden gezocht in ons Burgerlijk Wetboek[190]. De keuze om bepaalde aan economisch recht gerelateerde leerstukken voorts buiten het WER te houden, moet dan ook worden betreurd[191], aangezien ze getuigt van een weinig coherente aanpak.[192] Van een heel andere insteek blijkt voorts de werkwijze van de Duitse en Nederlandse wetgever om de leer der oneerlijke bedingen daarentegen te incorporeren in de afdeling van hun respectievelijke burgerlijke wetboeken die over verbintenissen in het algemeen handelt.

---

[184] Enkel de verschillende lezing van art. VI.83, 23° WER *versus* art. (oud) 74, 23° WMPC is vermeldenswaardig. Deze bepaling uit de zwarte lijst verbiedt thans niet enkel meer dat de onderneming zich het recht verleent, *op grond van een bedongen keuze van woonplaats*, *haar vordering in te leiden* voor een andere rechter dan deze die territoriaal bevoegd is conform de regels van privaat procesrecht die toepassing vinden in afwezigheid van forumkeuze. Veel algemener is een beding thans onrechtmatig wanneer de onderneming *een andere rechter aanwijst* dan deze die normaal territoriaal bevoegd is.

[185] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 23, nr. 41.

[186] Art. L. 211-1 e.v. C.consomm.

[187] Art. 128 t.e.m. 135 cod.cons. Oorspronkelijk was het nochtans de bedoeling om de regels inzake oneerlijke bedingen en consumentenkoop in de Codice civile te houden (E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 354-356, nr. 809-811).

[188] De regels met betrekking tot de garantie bij de verkoop van roerende goederen aan particulieren vinden immers ook hun oorsprong in Europese regelgeving, m.n. de Richtl.EP&Raad nr. 1999/44/EG, 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb.L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12.

[189] Hetzelfde geldt overigens met betrekking tot de consumentenbeschermende regelgeving inzake *timesharing* (overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling) uit Richtl.EP&Raad nr. 2008/122/EG, 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling, *Pb.L.* 3 februari 2009, afl. 33, nr. 10. Deze werden omgezet in art. L. 121-60 t.e.m. 121-79-5 C.consomm. resp. art. 69 t.e.m. 81*bis* cod.cons.

[190] Art. 1649*bis* t.e.m. 1649*octies* BW.

[191] *Cf.* E. PIETERS *et al.*, *CDE: Survol*, 332, nr. 9 en 370, nr. 98.

[192] Volledigheidshalve dient evenwel te worden genoteerd dat niet *alle* richtlijnen inzake consumentenbescherming in het Franse nichewetboek werden geïncorporeerd. Zo staan de regels met betrekking tot pakketreizen (Richtl.Raad nr. 90/314/EEG, 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten, *Pb.L* 23 juni 1990, afl. 158, 59) in de afzonderlijke Code du Tourisme (in Italië, in art. 82 t.e.m. 100 cod.cons.; in België, in de wet (BE) 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994) en de bepalingen over productaansprakelijkheid in de Code Civil (art. 1386-1 t.e.m. 1386-18 CC) (in Italië, in art. 114 t.e.m. 127 cod.cons.; in België in de wet 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, *BS* 22 maart 1991). Het valt evenwel op dat die EU-normen in Italië en Frankrijk wel in nationale codices zijn ingepast, wat niet het geval is in België.

3.5. COMMUNAUTAIRE WIJZIGINGEN

079. **Richtlijn Consumentenrechten. –** Tot slot vermeldenswaardig is de stand van zaken op het vlak van de communautaire wetgeving. Oorspronkelijk was het de bedoeling van de Europese wetgever, de Richtlijn Oneerlijke Bedingen samen met het ganse EU-consumentenacquis te codificeren, te actualiseren en bij te schaven in een alomvattende consumentenrechtenrichtlijn.[193] Moeizame onderhandelingen leidden er evenwel toe dat in de uiteindelijke Richtlijn Consumentenrechten met (bijna[194]) geen woord wordt gerept over oneerlijke bedingen.[195]

080. **CESL. –** Ook het voorstel tot vaststellen van een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (CESL) bevatte regels met betrekking tot *oneerlijke voorwaarden*.[196] De relevantie van de CESL voor de nabije toekomst zal evenwel beperkt zijn, gelet op de mededeling van de Commissie dat de werkzaamheden omtrent dit project worden opgeschort.[197]

[193] COM(2008)614 def. Zie, over de oneerlijke bedingen in het voorstel van de Richtlijn Consumentenrechten, H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*, 55-100.

[194] Een weinig vermeldenswaardige wijziging werd evenwel aangebracht aan de Richtlijn Oneerlijke Bedingen door de invoeging van een art. 8*bis* per art. 32 Richtlijn Consumentenrechten.

[195] N. GAVRILOVIC, "The Unfair Contract Terms Directive through the Practice of the Court of Justice of the European Union: Interpretation or Something More?", *ERCL* 2013, (163) (hierna: N. GAVRILOVIC, *Interpretation or Something More?*) 179-180; S. WEATHERILL, "The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for 'Coherence' has (largely) Failed", *CML Rev.* 2012, 1279-1318 (hierna: S. WEATHERILL, *Consumer Rights Directive*). *Cf.* V. RIZZO, *Profili storici*, 42.

[196] Zie hoofdstuk 8 van deel III van bijlage 1 bij COM(2011)635 def.

[197] Nr. 60 Annex 2 COM(2014)910 def., 12.

4. TOEPASSINGSGEBIED

“ *You can stand under my umbrella.*
***(Ella ella. Eh eh eh.)* „**

— C. STEWART, T. ‘THE DREAM’ NASH, S. ‘JAY Z’ CARTER en R. ‘RIHANNA’ FENTY, “Umbrella”, single 1 uit het studioalbum RIHANNA, *Good Girl Gone Bad*, 2007, refrein, derde zin.

081. **Dubbele beperking. –** In dit onderdeel wordt het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen vergeleken met het Belgische en Italiaanse recht. Wanneer zulks past, wordt ook teruggekoppeld naar de andere reeds vermelde rechtsstelsels. Dat toepassingsgebied is door de Europese regelgever dubbel beperkt.[198] Met name is het *ratione materiae* (4.1) enkel van toepassing op welbepaalde bedingen, en wordt de werking *ratione personae* (4.2) gelimiteerd tot de rechtsverhouding tussen welbepaalde actoren. Dit dubbel toepasbaarheidscriterium zou uiting geven aan een compromis tussen enerzijds de ‘Duitse’ strekking, de transactiekostentheorie[199] en anderzijds de ‘Franse strekking’, die de beschermenswaardigheid grondt op een onderhandelingsonevenwicht ten nadele van de ‘zwakke’ consument[200].[201]

4.1. TOEPASSINGSGEBIED *RATIONE MATERIAE*

082. **Materieel toepassingsgebied. –** Materieel is de Richtlijn Oneerlijke Bedingen van toepassing op bedingen (4.1.1) in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (4.1.2)[202], ongeacht het voorwerp van die overeenkomst (4.1.3). Evenwel worden bepaalde bedingen uitgesloten, hetzij omdat er dwingende bepalingen in zijn opgenomen[203] (4.1.4.1), dan wel omdat zij essentieel zijn voor de overeenkomst[204] (4.1.4.2).

4.1.1. BEDINGEN

083. **Richtlijn, Italië en Frankrijk. –** De Richtlijn vereist vooreerst dat het oneerlijke karakter van een *beding* wordt beoordeeld, zonder die notie verder te definiëren. Ook het

198 P. NEBBIA, *Study*, 90.
199 Zie *supra*, nr. 057.
200 Zie *supra*, nr. 056.
201 P. NEBBIA, *Study*, 90 en E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 471-472, nr. 803. Ook het Hof van Justitie aanvaardt de gelijktijdige aanwezigheid van die twee gedachten als grondslag. Zie bv. arrest Brusse, C-488/11, EU:C:2013:341, punt 30 t.e.m. 31 en arrest Šiba, EU:C:2015:14, punt 21 t.e.m. 22.
202 Art. 3.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
203 Art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
204 Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

Italiaanse en Franse recht hebben het zonder meer over *clausole*[205] en *clauses*[206], zonder dat dit begrip nader wordt geduid.

084. ***Quid* beding? –** Voorts bevat noch het Italiaanse, noch het Belgische of Franse burgerlijk wetboek een uitdrukkelijke definitie van het begrip *beding*, zodat dit o.i. in de gewoonlijke betekenis als 'onderdeel van een overeenkomst'[207] kan worden gelezen.

085. **'Voorwaarden': België. –** De definitie van de Belgische notie *onrechtmatig beding* vat voorts aan met: "elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst…"[208], ofte "*toute clause ou toute condition dans un contrat*". Onze wetgever heeft het dus nodig geacht om ook *voorwaarden* uitdrukkelijk onder het toepassingsgebied van de bescherming te plaatsen. Op die manier schijnt men enerzijds uitdrukking te hebben willen geven aan de omstandigheid dat de leer der oneerlijke bedingen ook uitwerking vindt bij *reglementaire* bedingen[209], dat wil zeggen: in de verhouding tussen een consument en een overheid[210]. Anderzijds wordt de vermelding van *voorwaarden* ook zo geïnterpreteerd dat de beschermingsregels doorwerken, ongeacht de plaats waar de bepaling is opgenomen.[211]

086. **'Voorwaarden': weinig relevantie. –** Het belang van dit verschil moet evenwel worden getemperd. Uit de afwezigheid van een uitdrukkelijke assimilatie van *condizioni* respectievelijk *conditions* aan *clausole*/*clauses* in de Franse en Italiaanse rechtsorde kan o.i. geen zinvolle conclusie worden getrokken met betrekking tot het toepassingsgebied van de beschermingsregeling. Immers blijkt dat die begrippen taalkundig[212] en zelfs in de wetgeving[213] door elkaar worden gebruikt. Dit is overigens ook het geval in Nederland[214], waar de overheid eveneens onderworpen is aan de bepalingen inzake *algemene voorwaarden*.[215] Wat betreft die toepasbaarheid van de oneerlijkebedingenleer op

[205] Art. 33 cod.cons.
[206] Art. L. 132-1 e.v. C.consomm.
[207] *Cf.* C.A. DEN BOON, D. GEERAERTS en R. HENDRICKX (eds.), *Dikke Van Dale Online*, Utrecht, Van Dale Uitgevers, 2014, www.vandale.be (hierna: *Dikke Van Dale 2014*), *v° beding*; A. GABRIELLI (ed.), *Grande dizionario Hoepli italiano*, Milaan, Hoepli, 2011, www.hoepli.it, *v° clausola*; LAUROUSSE (ed.), *Dictionnaire de français*, www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue, *v° clause*; S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, www.dictionnaire-juridique.com, *v° clause*.
[208] Art. I.8, 22° WER.
[209] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 67, onder foutieve verwijzing naar stukken van de Kamer in plaats van de Senaat. Bedoeld wordt wellicht: verslag namens de Commissie voor de economische aangelegenheden (C. DE COOMAN) over het ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *Parl.St.* Senaat 1990-91, nr. 1200/2, 38. Zo ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 48, nr. 55 e.v. en I. DEMUYNCK, "De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen" in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (49) (hierna: I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*) 72, nr. 27.
[210] Zie hierover ook *infra*, 179.
[211] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 48, nr. 55 e.v.; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 67; R. STEENNOT, "Inleiding" in R. STEENNOT, *Onrechtmatige bedingen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming: artikelsgewijze bespreking*, Mechelen, Kluwer, 2012 (hierna: R. STEENNOT, *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*), nr. 5.
[212] Zie *clausola* resp. *clause* in de woordenboeken aangehaald, *supra*, vn. 207.
[213] Vgl. voor Italië, art. 1341 c.c., dat het heeft over *condizioni generali*, terwijl art. 1342 c.c. over *clausole* spreekt.
[214] Art. 6:231 NBW definieert *algemene voorwaarden* immers als "een of meer bedingen…".
[215] B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 109, nr. 5.9.

overeenkomsten met overheden, moeten dus andere elementen in aanmerking worden genomen om zinvolle besluiten te kunnen poneren.[216]

o87. ***Quid* 'overeenkomst'? –** Wanneer aldus wordt aangenomen dat *bedingen* en *voorwaarden* beide identiek worden gedefinieerd als "onderdelen van een overeenkomst", dan dringt zich uiteraard een volgende vraag op, met name: wat is dan *een overeenkomst*? Deze vraag zal voornamelijk van belang zijn, wanneer moet worden uitgemaakt of het toepassingsveld van de Richtlijn zich ook uitstrekt tot een bepaalde verhouding van een consument met een *aanbieder van een publieke dienst*[217]. Een concreet voorbeeld betreft de vraag of de relatie tussen een particulier en een overheidsbedrijf dat nutsvoorzieningen beheert, als contractuele, dan wel als reglementaire rechtsverhouding dient te worden gekwalificeerd? Enkel in het eerste geval kan de particulier immers rekenen op de bescherming tegen oneerlijke bedingen.

o88. **Autonome, communautaire notie. –** Een definitie van *overeenkomst* mag niet louter op internrechtelijk niveau worden gezocht. Immers, het maakt vaste communautaire rechtspraak[218] uit, dat

> **"** *met het oog op de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel als algemene regel dient te gelden dat de bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Europese Unie autonoom en op eenvormige wijze moeten worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling* (…). **„**[219]

Die redenering werd door het Hof van Justitie, specifiek in het consumentencontentieux, bijvoorbeeld reeds toegepast op de noties 'de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst'[220] en de professionele medecontractant[221]. Gezien het bestaan van een overeenkomst evenwel een absolute *conditio sine qua non* is voor de toepasbaarheid van de volledige Richtlijn[222], en de Richtlijn zelf geen definitie verschaft, komt het voor dat de vereiste van een uniforme uitlegging *a fortiori* vereist is voor het begrip *overeenkomst*.[223]

[216] Zie *infra*, nr. 179 e.v.
[217] *I.e.* de *personen die handelen in het kader van een publiekrechtelijke beroepsactiviteit*, in de zin van art. 2, c) Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie, over *aanbieders van publieke diensten*, ook *infra*, nr. 179 e.v.
[218] Zie o.a. arrest Linster, C-287/98, EU:C:2000:468, punt 43, arrest Ansul, C-40/01, EU:C:2003:145, punt 26 en arrest VEWA, C-271/10, EU:C:2011:442, punt 25.
[219] Arrest BKK Mobil Oil, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 25.
[220] Arrest Kásler, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 49 t.e.m. 51 en arrest Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 54. Zie *infra*, 126.
[221] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, 32 en 33. Zie hierover uitgebreid, *infra*, nr. 140 e.v.
[222] Arg. *ex* art. 1.1, 2, a), b) en c) en 3.1, alsook considerans 2 t.e.m. 4, 8, 11 t.e.m. 13 en 19 t.e.m. 24 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[223] Ook de Europese Commissie en P. CAMBIE lijken die opvatting genegen (P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 56, nr. 66).

089. **DFCR en CESL. –** Het komt er met andere woorden op aan een *Europese* definitie van *overeenkomst* te vinden.[224] Dat dit geen sinecure is, hoeft weinig betoog. De sprong naar de vraag betreffende de wenselijkheid en eventuele concrete invulling van een Europees contractenrecht is snel gemaakt.[225] Ter zake past het te vermelden dat de *Draft Common Frame of Reference*[226] een overeenkomst definieert als

> " *an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.* „[227]

De omschrijving van *overeenkomst* in de laatste versie van de CESL, luidt als volgt:

> " *de wilsovereenstemming die gericht is op de totstandbrenging van verbintenissen of andere rechtsgevolgen* „[228].

090. **Overeenkomstbegrip in België en Italië. –** Het zou evenwel te ver van de doelstellingen van onderhavige verhandeling afdwalen, om hier onderzoek te voeren naar een uniforme definitie van het begrip *overeenkomst* in de Europese Unie. Daarnaast dringt zich de vaststelling op, dat de gemeenrechtelijke omschrijving van een overeenkomst in de twee bestudeerde lidstaten, België en Italië, minstens *prima facie* lijken overeen te stemmen. In het Belgische (en Franse[229]) recht wordt de overeenkomst door de doctrine met name gemeenzaam[230] omschreven als:

> " *het samentreffen van de wil van twee (of meer) personen, met het oog op rechtsgevolgen.* „[231]

---

[224] *Cf.* A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, "The Interpretation of Standard Clauses in European Contract Law" in H. COLLINS (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for a Challenge to European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, (201) (hierna: A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*) 209.

[225] Zie bv. O. LANDO, "European contract law after the year 2000", *CML Rev*. 1998, 821-831.

[226] *Ontwerp van gemeenschappelijk referentiekader* (hierna: DCFR), het resultaat van een rechtswetenschappelijk academisch onderzoek op vraag van de Europese Commissie, om een "niet-bindend geheel van fundamentele beginselen, definities en modelvoorschriften ten behoeve van de wetgevers op EU-niveau teneinde de coherentie en de kwaliteit van het wetgevingsproces te verbeteren" op te stellen (zie considerans 4 en 5 Besluit Commissie 26 april 2010, nr. 2010/233/EU tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht, *Pb.L* 27 april 2010, afl. 105, 109).

[227] Herwerkte versie van de Principles of European Contract Law, voorbereid door de Study Group on a European Civil Code en de Research Group on EC Private Law (Acquis Group). C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition*, I, Munchen, Sellier - European Law Publishers, 2009 en http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/background/ (hierna: C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *DCFR*), 68 (*v° Contract*) en 125, art. II.-1:101.

[228] Art. 2, a) Voorstel van verordening COM/2011/635/def., 25, zoals goedgekeurd door het Europees Parlement in eerste lezing (TA/2014/159/P7) (hierna naar verwezen als: Voorstel Verordening CESL).

[229] B. PETIT en S. ROUXEL, "Art. 1101 à 1108-2 – Contrats et obligations – Définition et classification des contrats" in *JurisClasseur Civil Code* 2013, nr. 2.

[230] *Cf.* – naast het werk geciteerd in de volgende voetnoot – o.a. C. VANACKERE, K. SWERTS, J. DEENE en K. MARCHAND, "De overeenkomst – Definitie, soorten en basisbeginselen" in J. ROODHOOFT, *Bestendig handboek verbintenissenrecht* 2013, afl. 20, (35/4.II.4-1) 36/4.II.4-4, nr. 1300; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 11; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht – deel 1*, Leuven, Acco, 1988, 13.

[231] R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE, K. VANHOVE en G. BAETEMAN, *Handboek burgerlijk recht*, III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007 (hierna: R.

In de Italiaanse Codice civile en doctrine[232], klinkt het:

> " *l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.* „[233]

Het behoeft weinig betoog dat die definities erg verwant zijn aan elkaar.[234]

091. **Besluit. –** De Italiaanse en Belgische noties van *overeenkomst* lijken aldus niet alleen onderling overeen te stemmen, maar tevens in lijn te liggen met de definities uit de DCFR en de CESL. Voorzichtig kan dan ook worden besloten dat er inhoudelijk weinig verschillen zijn tussen Italië en België, wat betreft dit eerste criterium ter bepaling van het materiele toepassingsgebied, met name de aanwezigheid van een *beding* in een *overeenkomst*.

4.1.2. AFWEZIGHEID VAN AFZONDERLIJKE ONDERHANDELINGEN

092. **Drievoudige beperking. –** Het negatieve criterium van afzonderlijke onderhandelingen is het meest essentiële aspect ter bepaling van het materiele toepassingsgebied van de Richtlijn. Samen met de uitsluiting van bedingen waarin dwingende bepalingen zijn opgenomen[235] en van bedingen die de kern van de overeenkomst raken[236], kan worden gesproken van een drievoudige beperking van de toepasbaarheid van de Europese bescherming tegen de oneerlijke bedingen op alle consumentenovereenkomsten.[237]

093. **Pas laat ingevoegd. –** Wetshistorisch blijkt de inperking van het toepassingsgebied tot niet-onderhandelde bedingen *last minute*[238] te zijn toegevoegd op vraag van de Raad.[239]

DEKKERS *et al.*, *Handboek burgerlijk recht, III*), 8, nr. 11. Vgl. het Franse recht: J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*, 4-7, nr. 4-9.

[232] *Cf.* L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, "Autonomia privata ed ordinamento giuridico" in L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, afdeling I van hoofdstuk VI, nr. 3.1; V. ROPPO, "La definizione del contratto" in V. ROPPO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk 28, nr. 2.

[233] "*het akkoord van twee of meer partijen om tussen hen een patrimoniale rechtsverhouding op te richten, te regelen of te beëindigen.*" Art. 1321 c.c.

[234] Een interessante vaststelling is evenwel dat de Codice civile overeenkomsten beperkt tot gevallen waarin *patrimoniale rechtsverhoudingen* aan de orde zijn. Dit zou *prima facie* meer aansluiten bij een traditie van *common law*, aldus A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*, 208.

[235] Art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[236] Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[237] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 67, nr. 81; P. NEBBIA, *Study*, 115; M. TENREIRO en E. FERIOLI, "Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, (1) (hierna: M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*) 3.

[238] Van zo'n beperking is immers nog geen sprake in het oorspronkelijke voorstel (art. 3 in COM(90)322 def., *Pb.C* 28 september 1990, afl. 243, (2) 3), maar wel bij de tweede behandeling (art. 3 in COM(93)11 def., 6).

[239] SEC(92)1944 def./SYN 285, 4. Omdat dit document niet vrij raadpleegbaar is op de website met normgeving van de EU, werden de Nederlandse en Franse versie opgenomen, *infra*, in bijlage 1.3.

Met deze wijziging, die betreurd werd door de Commissie[240], hoopte de Europese wetgever de lidstaten die de *transactiekostentheorie*[241] aanhangen over de schreef te trekken.[242] Ze is dan ook duidelijk op het Duitse recht geïnspireerd.[243]

094. **Verschillen met Duitse leer. –** Edoch, de in Duitsland gebruikte notie *Allgemeine Geschäftsbedingungen*[244] valt niet volledig samen met het begrip uit de Richtlijn.[245] De Duitse regeling vereist immers in beginsel dat de bedingen (1) "*für eine Vielzahl von Verträgen vorformulier*[*t*]"[246] zijn en (2) dat zij eenzijdig door de *Verwender*[247] werden opgesteld.[248] De Richtlijn vereist dit daarentegen niet, waardoor Duitsland zich in 1996 genoodzaakt zag een artikel toe te voegen dat in consumentenverhoudingen die twee vereisten afschafte.[249] Buiten het geval van overeenkomsten gesloten met consumenten, is de toepassing van de Duitse normgeving evenwel nog steeds beperkt door die twee bijkomende voorwaarden.[250] Er wordt daarom ook gesproken van een *Minimallösung*.[251]

095. **Bestemmings- en herkomstcriterium. –** Met name vindt het regime uit de Richtlijn dus toepassing, ongeacht of de bedingen bestemd zijn voor meervoudig gebruik. Die laatste maatstaf is ook bekend als het *bestemmingscriterium*.[252] Eveneens irrelevant is de vraag of de professioneel zelf de bedingen opstelde, dan wel of een derde dit deed.[253] De kwalificatie van de bedingen als *toetredingsovereenkomst*[254] doet kortom niet ter zake. Het fundamentele criterium daarentegen bestaat in de onmogelijkheid voor de consument om de essentie van het beding te beïnvloeden via onderhandelingen.[255] Dit is het *herkomstcriterium*.[256]

[240] SEC(92)1944 def./SYN 285, 4.
[241] Zie *supra*, nr. 057.
[242] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 72-73, nr. 88; H.W. MICKLITZ, "Unfair terms in consumer contracts" in N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT en K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge - Antwerpen - Portland, Intersentia, 2014, (125) (hierna: H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014) 131, nr. 3.4; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 333; M. TENREIRO, "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms", *ERPL* 1995, (273) (hierna: M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*) 275-276.
[243] P. NEBBIA, *Study*, 119.
[244] § 305 BGB.
[245] E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 478-479, nr. 816-817.
[246] "*voor een groot aantal overeenkomsten vooraf* [*ge*]*formule*[*erd*]".
[247] Zie *supra*, nr. 042.
[248] § 305(1) BGB. Het Duitse *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) blijkt die toepassingsvoorwaarden evenwel met enige soepelheid te interpreteren (P. NEBBIA, *Study*, 119, vn. 12 en 13). Zie m.n. BGH (DE) 6 maart 1986, nr. III ZR 195/84, NJW 1986, 1803 en 16 november 1990, nr. V ZR 217/89, NJW 1991, 843.
[249] Gesetz (DE) 'zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung', *BGBl. I* 24 juli 1996, 1013.
[250] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 62, vn. 333; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 94-96 en 99-108; P. NEBBIA, *Study*, 117 en 119; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 346.
[251] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 105-106.
[252] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 83. Dit is overigens het gangbare criterium in Nederland (*ibidem*).
[253] P. NEBBIA, *Study*, 118 en 119.
[254] *Cf.* I. DEMUYNCK, *Thesis*, 81.
[255] P. NEBBIA, *Study*, 118-119.
[256] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 84.

096. **Irrelevantie van onderhandelingen in België en Frankrijk. –** De Belgische[257] en Franse[258] wetgever beslisten deze maatstaf niet over te nemen in de nationale wetgeving.[259] Daarmee wordt uiting gegeven aan de theorie van de consument als beschermenswaardige, 'zwakke' contractpartij.[260] Een overeenkomst tussen een professioneel en een consument die onder één van die twee rechtsordes valt, kan dus in beginsel worden getoetst op oneerlijk bedingen,

> " *contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.* „[261]

097. **Belgische Wet Vrije Beroepers. –** In België was dit tot voor kort althans slechts het geval wanneer een overeenkomst werd gesloten met een onderneming in de zin van de Wet Marktpraktijken. Immers, contracteerde de consument integendeel met een vrije beroeper[262] in de zin van de Wet Vrije Beroepers[263], dan moest er alsnog sprake zijn van een – al dan niet wettelijke vermoede[264] – afwezigheid van onderhandelingen opdat de juridische bescherming tegen oneerlijke bedingen toepassing zou vinden[265], tenzij het een bedingen uit de zwarte lijst[266] betrof.[267] Dit onderscheid werd door het Grondwettelijk Hof discriminatoir bevonden.[268] Met de invoering van boek VI en XIV WER behoort dit onderscheid nu tot het verleden: ook wanneer de consument contracteert met een vrije beroeper, is hij beschermd tegen oneerlijke bedingen, ongeacht of de consument een mogelijkheid tot onderhandelen had.[269]

---

[257] Tekstueel arg. *ex* art. I.8, 22° WER.
[258] Art. L. 132-1, vierde lid C.consomm.
[259] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 73 en 82; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*, 19-20, nr. 22; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 340 en 369; R. STEENNOT, "Inleiding" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 6; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 153; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 474-477, nr. 810-813; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4; T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 95.
[260] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 71, nr. 86. Zie *supra*, nr. 056.
[261] Art. L. 132-1, vierde lid C.consomm.
[262] De wet heeft het over *beoefenaars van een vrij beroep*. Die waren uitgesloten van het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken *ex* art. 3, §2 *j*° 2, 2° WMPC.
[263] Art. 2, 1° WVB (opgeheven). Zie ook *supra*, nr. 077. Meer over het onderscheid in het Belgische recht tussen *ondernemingen* en *beoefenaars van een vrij beroep*, *infra*, nr. 167 e.v.
[264] Art. 7, §3, eerste lid WVB (opgeheven). P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 71-72, nr. 86.
[265] Art. 7, §2 WVB (opgeheven).
[266] Art. 7, §4 WVB (opgeheven) *j*° Bijlage (opgeheven) bij WVB. Over de lijsten, zie *infra*, nr. 365 e.v.
[267] I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 74-76, nr. 31-33; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 74-77; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 341-342 en 369; R. STEENNOT, "Inleiding" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 6.
[268] GwH (BE) 9 juli 2013, nr. 2013/99, *BS* 16 september 2013 (ed. 2) (uittreksel) en 17 september 2013, *JLMB* 2013, 1919 (samenvatting), noot M.R., *Jb.Markt.* 2013, 705, *NJW* 2013, 793, noot R. STEENNOT en *RW* 2013-14, 781 (samenvatting), noot. Het Hof vernietigde art. 2, 2° en 3, §2 WMPC.
[269] Zie art. I.8 (in hoofdstuk 4 van titel 2 van boek I, zoals ingevoerd door art. 2 wet 21 december 2013 houdende invoeging van boek VI "Marktpraktijken en consumentenbescherming" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek VI, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek VI, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht, *BS* 30 december 2013), 23° en I.8 (in (één lezing van het tweemaal ingevoerde) hoofdstuk 5, zoals een tweede maal 'ingevoerd' door art. 2 wet 15 mei 2014 15 mei 2014 houdende invoeging van Boek XIV "Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende de beoefenaars van een vrij beroep" in het

098. **Communautaire geoorloofdheid van uitbreiding tot uitonderhandelde bedingen: A. Minimumharmonisatie. –** Vanuit een Europeesrechtelijk invalshoek stelt zich de vraag naar de geoorloofdheid van maatregelen van lidstaten om ook onderhandelde bedingen toetsbaar te maken, in tegenstelling tot wat het geval is bij de Europese norm. Preliminair is het hierbij van belang te weten dat de Richtlijn Oneerlijke Bedingen *minimumharmonisatie*[270] nastreeft.[271] *Ex* artikel 8 is het de lidstaten immers toegestaan "op het onder [de R]ichtlijn vallende gebied strengere bepalingen aan[te]nemen of [te] handhaven".[272] Bijkomende bescherming bieden is dus principieel mogelijk, zolang de EU-beginselen inzake vrij verkeer worden gerespecteerd.[273] In een eerste optiek, die met name de *uitsluiting* van onderhandelde bedingen uit het toepassingsgebied van de Richtlijn ziet als een *beperking van de bescherming* die die Richtlijn biedt, is extra bescherming door de Franse en Belgische regelgever dan ook mogelijk op grond van voornoemd artikel 8.[274]

099. **Communautaire geoorloofdheid van uitbreiding tot uitonderhandelde bedingen: B. Toepassingsgebied. –** Een andere visie bestaat er in te stellen dat de vereiste van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen daarentegen *het toepassingsgebied ratione materiae* van de Richtlijn definieert. Bedingen die aldus *wel* uitonderhandeld zijn, vallen dan buiten het communautair geharmoniseerde toepassingsgebied. Gezien de Unie op dat domein geen bevoegdheid heeft opgenomen, zijn lidstaten dan ook vrij om zelf maatregelen te treffen, zolang zij daarmee noch het toepassingsgebied van de Europese regelgever betreden, noch maatregelen nemen die conflicteren met de principes van het vrij verkeer.[275]

100. **Communautaire geoorloofdheid van uitbreiding tot uitonderhandelde bedingen: hoe dan ook positief. –** Of de eerste, dan wel de tweede stelling aanhang verdient, is slechts een kwestie van perceptie. Is de richtlijn met name toepasselijk op alle overeenkomsten gesloten tussen een consument en een professioneel, en worden de onderhandelde bedingen uitgesloten, of wordt het toepassingsgebied integendeel mede bepaald door het niet-onderhandelde karakter? Het antwoord op die vraag heeft *in casu*

Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XIV en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XIV, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht, *BS* 30 mei 2014) (hierna: art. I.8 (versie boek XIV)), 20° WER. Beide definities van *onrechtmatig beding* luiden nu identiek.

[270] Voor een beknopt doch volledig overzicht van het onderscheid tussen minimum- en maximumharmonisatie, zie R. STEENNOT en P. GEERTS, "De implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in België en Nederland", *TPR* 2011, afl. 3, (677) (hierna: R. STEENNOT en P. GEERTS, *België en Nederland*) 714-719, nr. 54-58.

[271] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 67-68, nr. 81; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 12.

[272] Zie ook considerans 12 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[273] Meer concreet zullen stringentere regels inzake vrij verkeer van goederen en diensten slechts te legitimeren zijn, indien ze werden uitgevaardigd met het algemeen belang als doel, alsook niet-discriminerend, noodzakelijk en proportioneel zijn. Zie arrest Commissie t. Duitsland, C-205/84, EU:C:1986:463, arrest Commissie t. Italië, C-180/89, EU:C:1991:78 en arrest Gysbrechts en Santurel Inter, C-205/07, EU:C:2008:730 (R. STEENNOT en P. GEERTS, *België en Nederland*, 716, nr. 57).

[274] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 67-68, nr. 81; T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*, 20-21.

[275] Zie *supra*, vn. 273.

weinig praktisch belang: immers werd er door de nationale normgever ontegensprekelijk additionele bescherming ingebouwd ten voordele van de consument.[276] Zelfs indien dus van de eerste these wordt uitgegaan, hoeft nog enkel de niet-strijdigheid met de beginselen van vrij verkeer te worden nagegaan. O.i. kunnen zowel de Belgische als de Franse wetgeving daaraan positief worden getoetst.

101. **Italiaanse bescherming uit de Codice civile: objectief criterium. –** Een interessante situatie doet zich verder voor in Italië. Zoals uiteengezet was de Italiaanse rechtsorde immers al bekend met een (evenwel weinig effectief) beschermingsregime in haar burgerlijk wetboek uit 1942.[277] Het criterium voor de toepassing van die regeling liep parallel met de Duits-Nederlandse beschermingsregels. Met name regelt de Codice civile[278] op summiere wijze bedingen in algemene voorwaarden

> " *predisposte da uno dei contraenti* „[279],

alsook bedingen opgenomen

> " *in contratti unilateralmente predisposti in base a moduli o formulari redatti per regolare una serie indefinita di rapporti*[.] „[280]

Het toepassingsgebied van dit regime wordt dus op *objectieve* wijze[281] bepaald: de hoedanigheid van contractpartijen is irrelevant[282]. Eenzijdige herkomst én effectieve standaardisatie, *i.e.* het gebruik voor een niet-bepaald aantal transacties[283], zijn de enige vereisten waaraan – hoogstens[284] – moet worden voldaan.[285]

102. **Italiaanse bescherming uit de Codice del consumo: dubbel criterium. –** Het lijkt dan ook enigszins verrassend dat de Italiaanse wetgever bij het omzetten van de Richtlijn niet vertrokken is vanuit dit reeds bestaande toepassingsgebied. Integendeel wordt het huidige toepassingsveld op *subjectieve* wijze afgebakend: zoals in het Belgische recht, vindt de controle van het (on)eerlijk karakter van bedingen in beginsel enkel plaats in overeenkomsten gesloten tussen consumenten en professionelen.[286] Verderop leest de wet evenwel dat de bedingen of onderdelen van bedingen die het voorwerp hebben uitgemaakt

[276] Vgl. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 51.
[277] Zie *supra*, nr. 059 t.e.m. 061.
[278] Zie met name art. 1341 en 1342 c.c., als bevestigd door het Hof van Cassatie (zie bv. Cass. (IT) 20 augustus 2010, n. 18785, *motivo* 1, tweede paragraaf).
[279] "*op voorhand opgesteld door één van de contractanten*". Art. 1341, eerste lid c.c.
[280] "*opgenomen in unilateraal op voorhand opgestelde overeenkomsten volgens modules of formulieren, opgesteld voor een onbepaalde reeks verhoudingen*[.]" A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 92, nr. 1.
[281] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 92, nr. 1.
[282] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 4-5.
[283] Het enkele feit dat de overeenkomst op voorhand door één partij werd opgesteld, en de andere partij enkel kan aanvaarden, lijkt niet te volstaan (Cass. (IT) 6 december 1999, n. 13605, vierde *motivo*).
[284] Er is namelijk betwisting wat betreft die vereisten. Doordat de wet het regime immers in twee artikelen uiteenzet, is het niet geheel duidelijk of aan beide voorwaarden ook moet worden voldaan bij de 'overeenkomsten gesloten volgens modules of formulieren'. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 15 beargumenteert bijvoorbeeld van niet: ook occasioneel gebruikte 'modules en formulieren' vallen z.i. onder het regime. *Contra*: A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 92, nr. 1.
[285] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 92, nr. 1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 4-5; P. NEBBIA, *Study*, 39 en 117; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 5.
[286] Art. 33, eerste lid cod.cons. *Cf.* V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.

van individuele onderhandelingen[287], niet oneerlijk kunnen zijn.[288] Hieruit valt te besluiten dat de Italiaanse oneerlijkebedingenleer in beginsel een dubbele begrenzing van het toepassingsgebied kent, net als de Richtlijn.[289]

103. **Italiaanse (git)zwarte lijst: ongeacht onderhandeld. –** De conclusie dat bedingen steeds niet-uitonderhandeld moeten zijn teneinde ze te kunnen toetsen, zou evenwel voorbijgaan aan een bijzondere eigenschap verbonden aan de *zwarte lijst*[290] van oneerlijke bedingen in de Codice del consumo. Die Italiaanse zwarte lijst onderscheidt zich immers nog op een andere wijze van de grijze lijst[291] dan het geval is in Duitsland, Nederland en Frankrijk.[292] In laatstgenoemde landen wordt het hanteren van twee lijsten immers verklaard doordat de vermoedens van oneerlijkheid van de bedingen uit de grijze lijst weerlegbaar zijn, terwijl een onweerlegbaar vermoeden van oneerlijkheid geldt met betrekking tot de zwarte lijst. Hoewel betwist[293], lijkt een meerderheidstrekking diezelfde eigenschap ook toe te kennen aan de Italiaanse zwarte lijst. Wat evenwel bijzonder is, is dat de wet de bedingen uit de zwarte lijst als oneerlijk waarmerkt,

> “ *quantunque oggetto di trattativa* „[294],

geparafraseerd: *ongeacht onderhandeld*. Valt een beding dus onder de beschrijving van één van de (drie) gevallen uit die zwarte lijst, dan is het oneerlijk. Zulks geldt, zelfs indien het beding het resultaat is van onderhandelingen.[295] Gezien deze bijzondere eigenschap, past het o.i. dan ook te spreken van een soort *gitzwarte* lijst.

104. **Bewijslast van de onderhandelingen. –** Een volgende aandachtspunt met betrekking tot het niet-onderhandelde karakter van de te toetsen bedingen, betreft de bewijslast.[296] Artikel 3.2, eerste lid van de Richtlijn bouwt met name een vermoeden[297] in dat een bedingen in een vooraf opgestelde overeenkomst als “beding waarover niet

[287] Art. 34, vierde lid cod.cons.
[288] Cass. (IT) 20 augustus 2010, n. 18785, *motivo* 1, tweede paragraaf, alsook V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[289] C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*, 14; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 52-53; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 340. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 51 merkt op dat de Italiaanse wet zich ook leent tot een interpretatie van de vereiste van onderhandelingen als negatief criterium ter vaststelling van de oneerlijke aard van een beding, hetgeen evenwel praktisch geen relevante gevolgen heeft.
[290] Zie over de lijsten, *infra*, nr. 368 e.v.
[291] De zwarte en grijze lijst zijn te vinden in art. 33, tweede lid, resp. 36, tweede lid cod.cons.
[292] De lijsten uit die landen worden in deze thesis evenwel niet verder behandeld.
[293] Zie eveneens *infra*, nr. 372.
[294] Art. 36, tweede lid, aanhef cod.cons.
[295] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 97, nr. 3. *Cf.* E. PIRO, *Tutela*, 24. In die zin komt het dan ook onjuist over te stellen dat de Italiaanse wetgever op geen enkele wijze gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om additionele bescherming toe te kennen, zoals het geval is volgens H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 106.
[296] *Cf.* F. BRUDER, “Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive”, *ERPL* 2007, (205) (hierna: F. BRUDER, *Burden of Proof*) 219-220.
[297] Met betrekking tot dit vermoeden wordt overigens betwist of het weerlegbaar dan wel onweerlegbaar is. Zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 71, nr. 83; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nr. 84-85 (themanummers voorstel Richtlijn Consumentenrechten) (142) (hierna: E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*) 148, nr. 10 en vn. 31 en 149, nr. 12.

afzonderlijk is onderhandeld" kan worden gekwalificeerd. Het derde lid legt de bewijslast van het tegendeel, *i.e.* de aanwezigheid, van afzonderlijke onderhandelingen over een specifiek beding, bij de professioneel.[298] In Duitsland[299] en Engeland[300] werden die bepalingen inhoudelijk volledig overgenomen. In Italië werd daarentegen enkel dat derde lid geïmplementeerd[301]; het vermoeden werd bewust uit de wet gelaten.[302] In België en Frankrijk doet die bewijslast voorts uiteraard niet ter zake: de toetsing op de oneerlijke aard vindt plaats, ongeacht of een beding individueel onderhandeld is.

105. ***Quid* 'onderhandelingen'? –** Met betrekking tot die onderhandelingen lijkt een Europese definitie afwezig.[303] Evenwel heeft zich in Italië vaste cassatierechtspraak[304] ontwikkeld die de voorwaarden vastlegt, opdat er sprake zou zijn van 'werkelijke' onderhandelingen. Met name wordt vereist dat de die onderhandelingen

> **"** *risulti*[*no*] *caratterizzata dagli indefettibili requisiti della* [1] *individualità,* [2] *serietà ed* [3] *effettività* (…). **„**[305],

hetgeen impliceert dat er (1) per clausule moet worden nagegaan of er onderhandelingen plaatsvonden op een wijze die (2) objectief gezien geschikt is om een onderhandelde overeenkomst te bereiken, alsook (3) dat die onderhandelingen zich enerzijds in werkelijkheid hebben voorgedaan en, anderzijds op substantiële wijze *werkelijk* plaatsvonden.[306] Met dit laatste wordt gedoeld op een dermate groot respect voor de partijautonomie dat partijen werkelijk de vrijheid en mogelijkheid hadden om de inhoud van de overeenkomst te wijzigen.[307]

106. **Onnut van artikel 3.2, tweede lid Richtlijn. –** Een vreemde bepaling is vervolgens het tweede lid van artikel 3.2 van de Richtlijn, dat stelt dat de afzonderlijke onderhandelingen met betrekking tot "sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding (…) de toepassing van [dat] artikel op de rest van een overeenkomst

[298] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 95. *Contra*: T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 96. De auteur meent dat dit tegenbewijs *niet* mogelijk is bij individueel onderhandelde bedingen die overeenstemmen met de normaal gebruikte algemene voorwaarden van de professioneel, en staat aldus een erg restrictieve interpretatie voor.
[299] § 310(3)(1) BGB.
[300] UTCCR, reg 5(2) en 5(4).
[301] Art. 34, vijfde lid cod.cons. Zie ook L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6 en de voorbeelden in M. FELTRIN, S. IORIO en F. PORTENTO, *I diritti del consumatore*, Venezia, Regione del Veneto, 2009, www.comune.vigonza.pd.it/upload/diritti_consumatore.pdf (hierna: M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*), 58. Betwist is evenwel of die bewijslastregeling ook geldt indien een overeenkomst voor eenmalig gebruik werd opgemaakt door de professioneel (E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 58-60).
[302] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 53-54.
[303] T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 100. *Cf.* COM(2000)248 def., 14.
[304] Cass (IT) 20 maart 2010, n. 6802, 26 september 2008, n. 24262 en 20 augustus 2010, n. 18785. Zie ook A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 96, nr. 2.1; P. NEBBIA, *Study*, 123.
[305] "*gekenmerkt blijk*[*en*] *te zijn door de onomstotelijke vereisten van* [1] *individualiteit,* [2] *ernst/degelijkheid en* [3] *effectiviteit/feitelijkheid* (…)." Eigen toevoeging van haakjes. Cass. (IT) 20 augustus 2010, n. 18785, *motivo* 1, *medio*.
[306] Vgl. BGH (DE) 3 december 1991, *NJW* 1992, 503, aangehaald in H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 287-289.
[307] Cass. (IT) 20 augustus 2010, n. 18785. Zie *in extenso*, met inbegrip van kritieken bij de pijnpunten: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 54-56.

niet uit[sluit], indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst." In de rechtsleer werd met name geopperd dat deze bepaling nutteloos is. Het toepassingsgebied *ratione materiae* wordt immers helemaal niet bepaald door de globale aanwezigheid van een *toetredingsovereenkomst*, maar integendeel door het niet-onderhandeld karakter van welbepaalde bedingen.[308] Het 'terug controleerbaar maken' van de overige bedingen uit de overeenkomst, wanneer sommige bedingen uitonderhandeld zijn, is dus overbodig: nergens sluit de Richtlijn die overige bedingen immers uit van toetsing.

107. **Nut van artikel 3.2, tweede lid Richtlijn: A. Onderdeel van beding. –** Hoewel artikel 3.2, tweede lid noch in de huidige[309] Belgische wetgeving, noch door de Italiaanse[310] wetgever werd overgenomen en de kwestie dus weinig relevantie heeft voor ons positieve recht, past het toch hier een kleine randmelding te maken.[311] Die bepaling schijnt inderdaad niet te kloppen in het licht van het voormelde materieel toepassingsgebied, wanneer ze schijnt te handelen over *een afzonderlijk beding*. Valt er evenwel niet te beargumenteren dat voormeld lid wel nuttig kan zijn, als er enkel werd onderhandeld over *sommige onderdelen van een beding*? Er kan immers worden gesteld dat, wanneer slechts een onderdeel van een beding wordt uitonderhandeld, een tekstuele interpretatie van de Richtlijn[312] toelaat om de andere onderdelen *van dat beding* alsnog aan de verificatie van (on)eerlijkheid te onderwerpen. Die laatste mogelijkheid lijkt overigens ook te bestaan in Italië, waar de wet "bedingen *of onderdelen* van bedingen" uit het toepassingsgebied sluit, wanneer die individueel onderhandeld werden.[313]

108. **Nut van artikel 3.2, tweede lid Richtlijn: B. *Overall assessment*. –** Een andere interpretatie van voormelde bepaling uit de Richtlijn, bestaat er daarentegen in dat de bevoegde instantie, na te hebben vastgesteld dat (een) bepaald(e) beding(en) inderdaad individueel onderhandeld werden, een *overall assessment* van de ganse overeenkomst dient te maken. Stelt hij daarbij vast dat de overeenkomst *in zijn geheel* toch van dien aard blijkt te zijn dat het een toetredingsovereenkomst is, dan kan hij alsnog het oneerlijk karakter van de bedingen vaststellen.[314] In die zin verbreedt artikel 3.2, tweede lid het toepassingsgebied van de Richtlijn, door uitonderhandelde bedingen toch te onderwerpen aan controle, wanneer er sprake is van *partiële* onderhandelingen[315]. Het verzuim van de

[308] P. NEBBIA, *Study*, 119-120; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 6; T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 96.
[309] Tot voor kort was die bepaling immers wel overgenomen in art. 7, §3, tweede lid WVB.
[310] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 58.
[311] De bepaling is bijvoorbeeld wel overgenomen in de UTCCR, reg 5(3).
[312] Met name heeft de Richtlijn het over de toepassing "op de rest van een overeenkomst". O.i. wordt met 'de rest' gedoeld op: alle onderdelen van de overeenkomst, behalve deze die individueel uitonderhandeld werden, ongeacht of die onderdelen een zelfstandig beding, dan wel slechts een deel van een beding zijn.
[313] Art. 34, vierde lid cod.cons. Een visie in die zin kan ook voorzichtig worden gelezen in Cass. (IT) 20 augustus 2010, n. 18785, *motivo* 1, *in fine*.
[314] C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*, 143; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 57-58. *Contra*: E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 148-149, nr. 11.
[315] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 58.

Italiaanse wetgever om die bepaling om te zetten, moet in die interpretatie dan ook in strijd met de Richtlijn worden geacht.[316]

109. ***De lege ferenda*: uitbreiding van het toepassingsgebied? –** Tot slot komt het interessant voor een vaak gehoorde stelling *de lege ferenda* aan te halen. Meer bepaald stelt zich de vraag naar het nut of de wenselijkheid van een uitbreiding van de Europese bescherming naar bedingen die wel het voorwerp uitmaakten van individuele onderhandelingen.[317] Verschillende lidstaten[318] hebben er voor gekozen het toepassingsgebied van de bescherming ook tot laatstgenoemde bedingen te verruimen. Ook de Europese Commissie[319] en de Britse *Law Commission*[320] zouden voorstander zijn van zo'n uitbreiding.[321] Niettemin werd in de laatste voorlopige versie van de CESL beslist die uitbreiding toch niet door te voeren.[322]

4.1.3. IRRELEVANTIE VAN HET VOORWERP VAN DE OVEREENKOMST

110. **Argument *a contrario* uit de Richtlijn. –** Tot slot relevant is dat het toepassingsgebied van de Richtlijn niet wordt beperkt door het voorwerp van de consumentenovereenkomst.[323] Dit volgt uit de afwezigheid van de bepaling van het

[316] In de Italiaanse wet vigeert immers een vermoeden *iuris tantum* van de niet-oneerlijke aard van die uitonderhandelde bedingen. C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*, 143. *Contra*: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 58, die stelt dat de wet voor een controle op oneerlijke bedingen sowieso al 'specifieke' onderhandelingen per beding (art. 35, laatste lid cod.cons.) vereist.

[317] Zie, voor een aantal interessante overwegingen, I. DEMUYNCK, *Thesis*, 86-87.

[318] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 329. Dit is met name het geval in de Scandinavische landen, België, Frankrijk, en (in beperkte mate) Nederland en Oostenrijk (M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4).

[319] COM(2000)248 def., 14 en COM(2006) 744 def. (de laatste referentie werd ontleend aan P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 67, nr. 81 en 73, nr. 88).

[320] THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts – A Joint Consultation Paper (The Law Commission Consultation Paper No 166 / The Scottish Law Commission Discussion Paper No 119)*, Londen, TSO, 2002 en http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf (hierna: LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 166*), 80, nr. 4.49 en 135-136, nr. 5.28-5.29 (P. NEBBIA, *Study*, 122-123); LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 292*, 11, nr. 2.10.

[321] In dezelfde zin: O. LANDO, "Liberal, Social and 'Ethical' Justice in European Contract Law", *CML Rev.* 2006, (817) (hierna: O. LANDO, *Justice in Contract Law*) 827-828; R. STEENNOT, "The right of withdrawal and unfair contract terms under the Proposal for a Common European Sales Law" in I. CLAEYS en R. FELTCAMP (eds.), *The Draft Comon European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law? A Belgian Perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (115) (hierna: R. STEENNOT, *Proposal CESL*), nr. 36; T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*, 21-22. *Contra*: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 52.

[322] Arg. *ex* art. 7 CESL. Zie ook R. STEENNOT, *Proposal CESL*, nr. 36.

[323] Arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 29 en arrest Šiba, EU:C:2015:14, punt 20. Zie ook M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 3-4; T. WILHELMSSON, "Workshop 1 – The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, (94) (hierna: T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*) 94.

tegendeel in de (hoofd[324])tekst van de Richtlijn.[325] Een contracterende consument is dus gerechtigd op bescherming tegen oneerlijke bedingen, zowel bij overeenkomsten tot overdracht van goederen, als bij overeenkomsten tot leveren van diensten, maar eveneens bij andersoortige overeenkomsten[326], zoals zelfs woninghuur[327] en borgstelling[328].

111. **Omzettingsperikelen. –** Een aantal lidstaten had bij de omzetting onterecht het toepassingsgebied beperkt tot overeenkomsten betreffende goederen of diensten, Italië incluis.[329] Ook het toepassingsgebied van de Belgische Wet Handelspraktijken was te beperkt gedefinieerd, waardoor wijzigingen nodig waren.[330] Het lijkt er op dat de nationale wetgeving ondertussen is aangepast.[331] Ook heeft het Italiaanse Cassatiehof overigens al meermaals geoordeeld dat de regeling inzake oneerlijke bedingen toepasselijk is, ongeacht welke verbintenissen het voorwerp uitmaken van de overeenkomst.[332]

112. **Onroerende goederen. –** Wat voorts de betwiste vraag naar de toepasbaarheid van de Richtlijn op onroerende goederen betreft[333], wordt er gewezen op het inconsistente gebruik door de Europese normgever van criteria in het consumentenacquis.[334] Zo zwijgt de onderhavige Richtlijn Oneerlijke Bedingen in alle talen over *goederen*, terwijl de Richtlijn Consumentenkoop een *consumptiegoed* definieert als lichamelijk en roerend[335]. De (opgeheven) Richtlijnen Overeenkomsten Op Afstand[336] en Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten[337] definiëren het begrip dan weer niet, maar sluiten overeenkomsten over onroerende goederen wel uit hun toepassingsgebied.[338] De recentste Richtlijn

[324] Considerans 2 heeft het met name wel over verkoop van goederen en verstrekken van diensten. Considerans 10 schijnt dan weer de toepasselijkheid van de Richtlijn op alle soorten overeenkomsten te onderschrijven.
[325] P. NEBBIA, *Study*, 133.
[326] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 63-64; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 3.
[327] Arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 32 en 34.
[328] Zie P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*, 63-66.
[329] Art. (oud) 1469*bis* c.c., zoals ingevoerd door art. 25 Communautaire Wet (IT) 1996, n. 52. H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 350; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 3.
[330] T. BOURGOIGNIE, "L'expérience en Belgique" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, (78) (hierna: T. BOURGOIGNIE, *L'expérience en Belgique*) 91-92; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 151, nr. 7 en, uitgebreid, P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 36-39, nr. 38-44.
[331] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 3. Voor wat Italië betreft, gebeurde dit per Wet (IT) 1999, n. 526.
[332] Zie m.n. Cass. (IT) 24 november 2008, n. 27911 en 20 augustus 2010, n. 18785.
[333] Veel discussie over de toepasbaarheid van de Richtlijn op onroerende goederen was er met name onder meer in Engeland (R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 37). Zie voorts H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 367-368.
[334] P. NEBBIA, *Study*, 133-134.
[335] Art. 1.2, b) Richtlijn Consumentenkoop.
[336] Art. 3.1, vierde lid Richtlijn Overeenkomsten Op Afstand (opgeheven).
[337] Art. 3.2, a) Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten (opgeheven).
[338] Hierdoor kan vooreerst worden beargumenteerd dat het communautaire begrip *goed* ook onroerende goederen moet bevatten, omdat het anders nutteloos zou zijn laatstgenoemden uit te sluiten. Anderzijds kan

Consumentenrechten tot slot omschrijft *goederen* enerzijds als roerende lichamelijke zaken[339], en sluit anderzijds overeenkomsten die onroerende goederen als voorwerp hebben, uitdrukkelijk uit haar toepassingsgebied[340]. Zonder in detail te treden, komt het voor dat de hier besproken richtlijn weldegelijk toepasbaar is op overeenkomsten met onroerende goederen tot voorwerp.[341]

4.1.4. UITSLUITINGEN VAN HET TOEPASSINGSGEBIED

113. **Drie gevallen. –** De Richtlijn sluit drie gevallen[342] terug uit haar toepassingsgebied. Het betreft bedingen "waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten"[343] zijn overgenomen, alsook de bedingen die betrekking hebben op "het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst", of op de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren diensten.[344]

4.1.4.1. DWINGENDE BEPALINGEN

114. **Artikel 1.2 en consideransen 13 en 14 van de Richtlijn. –** Een eerste uitsluiting uit het materiële toepassingsgebied van de Richtlijn betreft de "bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten (…) zijn overgenomen".[345] Deze regel dient samen te worden gelezen met de dertiende considerans van de Richtlijn, waar wordt overwogen dat voornoemde bepalingen geacht worden geen oneerlijke bedingen te bevatten.[346] Dit onweerlegbare vermoeden van de *(niet-on)eerlijke*[347] aard[348] vormt voorts een logisch paar met de veertiende considerans. Daarin valt te lezen dat van de lidstaten verwacht wordt er over te waken dat hun nationale recht geen oneerlijke bedingen bevat.[349]

115. **Onduidelijke reikwijdte van de uitzondering. –** De formulering van de uitzondering kan op zijn minst worden beschouwd als niet volledig duidelijk. Ook wanneer de verschillende taalversies naast elkaar worden geplaatst, blijkt op het eerste

evenzeer geopperd worden dat een onroerend goed Europeesrechtelijk zeker geen *goed* is, gezien het in het consumentenacquis voortdurend wordt uitgesloten.

339 Art. 2.3 Richtlijn Consumentenrechten.

340 Art. 3.3, e) Richtlijn Consumentenrechten.

341 Zulks werd onder meer bevestigd in het V.K. in *Khatun & others v Newham LBC* [2004] EWCA Civ. 55 (CA) en in België door de wijziging van de Wet Handelspraktijken in 1998 (H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 367-368).

342 Door considerans 10 worden ook arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten binnen het familiale, erfrechtelijke of verbintenisrechtelijke contentieux uitgesloten van de Richtlijn. Gezien de geringe praktische relevantie van die uitzondering, wordt hierop in het vervolg van deze verhandeling niet ingegaan.

343 Art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

344 Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

345 Art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

346 INC, *Prestations de service public*, 13.

347 Lees: het vermoeden van de rechtmatige aard.

348 INC, *Prestations de service public*, 94.

349 INC, *Prestations de service public*, 13.

zicht dat één en ander niet steeds klopt.[350] Zo sluit de Engelse versie bedingen uit, "*which reflect mandatory, statutory or regulatory provisions*", terwijl de Duitse versie het heeft over bedingen "*die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen*". Overigens is "*bindend*[*e*] *Rechtsvorschriften*" een pleonasme.

116. ***Quid* dwingend? –** Tevens is er nog het begrip *dwingend* (*impératives*, *mandatory*, *imperative*) dat in een vage mist is gehuld.[351] Introduceert dit adjectief met name een nieuwe categorie bepalingen (*dwingende* bepalingen, náást de *wettelijke* bepalingen en de *bestuursrechtelijke* bepalingen) die aan het toepassingsgebied ontsnappen, zoals de Engelse lezing laat uitschijnen? Of beperkt dat bijvoeglijk naamwoord de groep uitgesloten bedingen tot die bedingen die, hetzij uit *dwingende wettelijke* bepalingen, hetzij uit *dwingende bestuursrechtelijke* bepalingen werden overgenomen? De Nederlandse, Franse en Italiaanse taalversie lijken alvast die laatste these te ondersteunen. Ondertussen heeft ook het Hof van Justitie te kennen gegeven dat laatstgenoemde interpretatie de voorkeur geniet: de overgenomen bepaling moet én wettelijk/bestuursrechtelijk, én dwingend zijn.[352]

117. **Interpretaties van de uitzondering. –** Nog veel substantiëler is vervolgens het vraagstuk naar de betekenis van de hele bepaling. *Quid* dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen? Minstens drie interpretaties lijken mogelijk.[353] In een heel ruime lezing (a) kunnen onder deze zinsnede alle bepalingen worden begrepen die (uiteindelijk) terug te brengen zijn tot *een wet*. Ook overeenkomsten toegestaan door administratieve organen of erkende beroepsorganisaties ontsnappen dan aan het toepassingsgebied. Deze interpretatie is echter te ruim. Ze zou de consument onder meer ontdoen van bescherming tegen oneerlijke bedingen, in om het even welke verhouding met een overheid. Een tweede visie is gematigder (b) en begrijpt onder artikel 1.2 alle bepalingen die een materiële wet kopiëren, met inbegrip van suppletief[354] recht.[355] Volgens een laatste optiek (c) valt enkel dwingend recht onder de uitzondering: alleen wat door de wet *verplicht* deel uitmaakt van de overeenkomst, kan niet worden getoetst.

118. **Alle bepalingen uit een wet, suppletief recht incluis. –** Het pleit lijkt te moeten worden beslecht ten voordele van de gematigde interpretatie (b). Ook de meerderheid van de rechtsleer lijkt deze lezing genegen.[356] Tekstueel is er met name considerans 13 van de

[350] INC, *Prestations de service public*, 95.
[351] INC, *Prestations de service public*, 95.
[352] Arrest RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punt 26 t.e.m. 27 en arrest Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 78.
[353] P. NEBBIA, *Study*, 96, vn. 6.
[354] Met *suppletief* (synoniem: *aanvullend*) recht wordt hier gedoeld op normen die van toepassing zijn, zolang ervan niet wordt afgeweken door partijen. Het is met andere woorden een antoniem van *imperatief* recht *s.l.* (*i.e.* louter dwingend recht en recht van openbare orde). In het Engels gewaagt men van *default-* of *opt-outbepalingen*.
[355] *Cf.* K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 97.
[356] H. HALL, "Workshop 2 – The Application of the Directive to Public Services" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf,

Richtlijn, die expliciet stelt dat ook suppletief recht onder de notie kan worden begrepen. Ook dient het beginsel van de strikte interpretatie van uitzonderingen in herinnering worden gebracht.[357] Voorts kan er worden gewezen op het arrest Kásler[358], waarin het Hof van Justitie concludeert dat een oneerlijk beding na vernietiging in bepaalde gevallen weldegelijk mag worden vervangen door nationaal, suppletief recht.[359] In die uitspraak en in het arrest Kušionová[360] bevestigt het Hof daarnaast uitdrukkelijk de interpretatie uit arrest RWE Vertrieb[361], volgens dewelke met name ook dat suppletieve recht wordt geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten.[362] De *ratio* achter de uitsluiting luidt immers dat de nationale wetgever, bij het creëren van suppletief recht in een bepaalde partijverhouding, wordt vermoed[363] een zeker evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen te hebben bewerkstelligd.[364] Wanneer een beding het toepasselijke suppletieve recht inhoudelijk louter kopieert, is een evenwichtscontrole door de rechter dus niet meer vereist.[365] Het is integendeel pas wanneer daarvan wordt afgeweken door een 'sterke' contractpartij, dat die partij de *macht* heeft om zijn wil 'als wet' aan de consument op te dringen[366], hetgeen rechterlijke controle rechtvaardigt.[367]

119. **Suppletief recht. –** De situatie is evenwel anders in het geval van een beding waarin wel wettelijke of bestuursrechtelijke normen worden overgenomen, doch waarin die normen helemaal geen suppletief recht uitmaken *in de gegeven partijverhouding*. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het overnemen van een bepaling uit het gemeen burgerlijk kooprecht in een consumentenkoopovereenkomst. In dit geval stelt zich de vraag of de vermoede oneerlijkheid en bijhorende ontoetsbaarheid nog doorwerkt. In het arrest RWE Vertrieb was zo'n omstandigheid aan de orde: een gasleverancier had een suppletieve prijsindexeringsregel uit de wetgeving inzake *overeenkomsten met vaste tarifering* ook overgenomen in haar algemene voorwaarden bij *individuele overeenkomsten*.[368] Op de vraag of de Duitse rechter die prijsindexeringsregel *in casu* nog kon toetsen aan de leer der oneerlijke bedingen, antwoordde het Hof terecht positief. Immers, het is duidelijk dat de nationale wetgever de partijverhouding ter zake niet heeft

(113) (hierna: H. HALL, *Workshop 2 – Public Services*) 115-116; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 60-61; P. NEBBIA, *Study*, 96, vn. 6. *Contra*: de Europese Commissie (P. NEBBIA, *Study*, 96, vn. 6).

[357] *Cf.* arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 42 en arrest Kušionová, EU:C:2014:2189, punt 77.

[358] Arrest Kásler, EU:C:2014:282.

[359] Zie *infra*, nr. 507 e.v.

[360] Arrest Kušionová, EU:C:2014:2189.

[361] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 26.

[362] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 81 en arrest Kušionová, EU:C:2014:2189, punt 78 t.e.m. 79.

[363] Zie considerans 26 en 27 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[364] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 28.

[365] Zie, in dezelfde zin, arrest Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, punt 41 t.e.m. 42.

[366] Vgl. art. 1134, eerste lid BW (*legem enim contractus dedit*).

[367] P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*, 67.

[368] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 17.

willen regelen met die bepaling.[369] Van een vermoed evenwicht kan dan ook geen sprake zijn.[370]

120. **Omzettingsperikelen. –** Hoe dan ook valt het niet te verwonderen dat één en ander op uiteenlopende wijze werd geïmplementeerd door de lidstaten, het belang van deze uitsluiting ten spijt.[371] In het Duitse leerstuk inzake algemene voorwaarden worden de zaken bijvoorbeeld omgekeerd geformuleerd. Daar leest de wet immers dat *Inhaltskontrolle* enkel mogelijk is voor bedingen waarvan de inhoud "*von Rechtsvorschriften abweich*[*t*]".[372] In Engeland werd het woord *mandatory* voorts oorspronkelijk niet in de Regulations overgenomen[373], wat aanleiding gaf tot interpretatiegeschillen.[374] Later werd de term alsnog ingevoerd[375], met nieuwe betwistingen over de draagwijdte tot gevolg.[376]

121. **Italië: wetsvoorschriften. –** Ook Italië nam de uitzondering van de dwingende bepalingen over in haar wetgeving.[377] Waar de Richtlijn het evenwel heeft over "*clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative*"[378], werd dit door de Kamer eerst omgezet in bedingen die "*disposizioni di legge o di regolamenti*"[379] kopiëren, en vervolgens door de Senaat beperkt tot louter "*disposizioni di legge*"[380].[381] Kortom, de Senaat heeft bewust de bestuursrechtelijke bepalingen uit de uitzondering geschrapt.

122. **Italië: bestuursrechtelijke voorschriften? –** Gezien "*imperative*" nooit werd overgenomen in de wet, heeft de Italiaanse doctrine de voormelde discussie over de reikwijdte van de uitzondering nooit gekend. Het werd kortom altijd aanvaard dat ook bedingen die suppletief recht overnemen, onder de uitzondering vallen.[382] Betwist was evenwel of ook bestuursrechtelijke bepalingen onder de *disposizioni di legge* (wetsvoorschriften) moeten worden begrepen[383], te weten dat het Italiaanse recht ook

[369] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 37 t.e.m. 39.
[370] De tegengestelde opinie zou overigens tot ongehoorde situaties kunnen leiden. Zodra de professioneel er immers zou in slagen om een bepaling van suppletief recht uit *om het even welke* wettelijk geregelde verhouding over te nemen in de overeenkomst, zou dit beding in die visie niet meer toetsbaar zijn.
[371] INC, *Prestations de service public*, 95-96.
[372] § 307, derde lid BGB.
[373] Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1995 (UK) (opgeheven), SI 1994/3159, reg 1(2).
[374] INC, *Prestations de service public*, 102-106.
[375] UTCCR, reg 4(1)(a).
[376] P. NEBBIA, *Study*, 102-103; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 5.
[377] Zie m.n. art. 34, derde lid cod.cons.
[378] "*contractuele bedingen die wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften reproduceren*". Zie art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[379] "*wets- of bestuurlijke voorschriften*".
[380] "*wetsvoorschriften*".
[381] Disegno di legge (wetsontwerp) 'disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994', aangenomen door de Camera dei Deputati (IT) op 4 april 1995, gewijzigd door de Senato della Repubblica (IT) op 28 november 1995, *Atti Parlamentari - Disegni di legge e relazioni - Disegni di legge e relazioni - Documenti* Camera dei Deputati (IT) XII legislatuur, 29 november 1995, nr. C1882-B, 35, m.b.t. art. 2062*ter* c.c.
[382] P. NEBBIA, *Study*, 101.
[383] H. HALL, *Workshop 2 – Public Services*, 120.

verschillende lezingen toekent aan het begrip *legge* (wet), parallel met wat het geval is onze rechtsorde.[384] Hierover bestaat tegenstrijdige rechtspraak[385] en doctrine[386].

123. **Uitzondering niet overnemen is geoorloofd. –** Niet elke lidstaat besliste evenwel om deze uitzondering om te zetten in het nationale recht.[387] De keuze om artikel 1.2 niet over te nemen, is evenwel Europeesrechtelijk geen probleem. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen streeft immers minimumharmonisatie na.[388] Het terug insluiten van door de Europese regelgever uitgesloten onderdelen van het toepassingsgebied is dus geoorloofd, zolang hiermee de grondbeginselen van de Europese Unie niet met de voeten worden getreden, en zolang er aan de consument bijkomende bescherming wordt geboden.[389]

124. **België en Frankrijk. –** Zo koos de Belgische wetgever er voor om de uitsluiting van dwingende bepalingen niet over te nemen in de Wet Handelspraktijken[390] (wel in de Wet Vrije Beroepers[391]). Ook in Frankrijk en Nederland werd de uitzondering niet overgenomen.[392] Dat betekent evenwel niet *ipso facto* dat wettelijke en reglementaire bepalingen door de burgerlijke rechter te allen tijde kunnen worden getoetst. Zo staan soms andere, internrechtelijke bepalingen, zoals algemene rechtsbeginselen, aan de weg van een toetsing van dergelijke normen. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het verbod voor de rechterlijke macht om de wet aan de grondwet te toetsen[393] en meer algemeen aan de hiërarchie der rechtsnormen[394].

125. **Besluit. –** Concluderend kan aldus worden gesteld dat de uitsluiting door de Richtlijn op verschillende manieren werd geïnterpreteerd door en getransponeerd in de rechtsordes van de lidstaten. Van belang voor onderhavige verhandeling is het verschil in implementatie tussen de Belgische en Italiaanse rechtsorde. Waar de Belgische wetgever er immers voor koos geen uitzondering te voorzien voor voornoemde *dwingende bepalingen*, werd dit door de Italiaanse wetgever wel gedaan. Hoe de implementatiebepaling in het Italiaanse recht evenwel moet worden gelezen, is niet onbetwist. Bijgevolg is het in België – minstens theoretisch – wel mogelijk om bedingen

[384] Met name wordt hier voornamelijk gedoeld op het onderscheid tussen *wet* in formele en in materiële zin. *Cf.* R. BIN en G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk IX, nr. 2 en J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Publiekrecht*, 113, nr. 193.
[385] P. NEBBIA, *Study*, 101-102. Volgens INC, *Prestations de service public*, 107 moeten bestuursrechtelijke bepalingen inderdaad ook onder die term worden begrepen.
[386] Zie E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 61-62.
[387] INC, *Prestations de service public*, 96.
[388] Art. 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[389] Zie *supra*, nr. 098.
[390] INC, *Prestations de service public*, 99; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4.
[391] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 368.
[392] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 113; INC, *Prestations de service public*, 100 en 109; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4.
[393] Cass. (BE) 23 juli 1849, *Pas.* 1849, I, 449 en Cass. (FR) 1re civ. 31 mei 1988, *Bull.civ.* I, nr. 161 en 22 november 1994. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Publiekrecht*, 189, nr. 304 en 114-118, nr. 195-203. Zie, met betrekking tot Frankrijk, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, "Clauses abusives" in *Répertoire de droit commercial* 2014 (2015), *v° Clauses abusives* (hierna: N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*), nr. 32-33.
[394] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 56, vn. 298; INC, *Prestations de service public*, 99.

die normgeving inhoudelijk overnemen te toetsen aan de leer der oneerlijke bedingen, waar dit in Italië uitdrukkelijk is uitgesloten. Er valt evenwel niet te verwachten dat de burgerlijke rechter in ons rechtssysteem vaak tot zo'n toetsing zal overgaan, gelet onder meer op het bestaan van algemene rechtsbeginselen.

4.1.4.2. ESSENTIËLE BEDINGEN[395]

126. **Eigenlijk voorwerp en gelijkwaardigheid. –** De tweede categorie bedingen die door de communautaire wetgever aan het toepassingsgebied van de bescherming tegen oneerlijke bedingen wordt onttrokken, zijn die bedingen die betrekking hebben op "de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst" (ook wel: *economische* bedingen[396]; hierna: *kernbedingen*[397]), alsook deze die "de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten" (hierna: *prijs-kwaliteitsverhouding*) betreffen. Preliminaire vereiste voor de uitsluiting van die bedingen, is evenwel dat zij "duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd".[398]

127. **Geschiedenis. –** Deze uitzonderingen waren niet terug te vinden in het oorspronkelijke voorstel van de Commissie[399], maar werden ingevoerd op vraag van de Raad[400]. De *ratio* achter deze beperkingen van het toepassingsgebied, is dat

> **"** *de kern van de contractuele verhouding (essentialia negotii) niet wordt aangetast wanneer deze duidelijk en begrijpelijk is omschreven.* **„**[401]

4.1.4.2.1. QUID?

128. **Nationale rechter. –** Wat nu concreet onder die categorieën bedingen moet worden begrepen, is een zaak voor de nationale rechter. Evenwel zijn de noties van communautaire oorsprong, en vereist harmonisatie van de consumentenbescherming dus een uniforme, autonome interpretatie.[402] Het Hof van Justitie geeft met die achterliggende gedachte dan ook criteria aan, die de nationale rechter kan of moet toepassen.[403]

129. **Interpretatie *sensu stricto*. –** Als uitzonderingen op de inhoudelijke toetsing ter bescherming van de consument, dienen zij volgens het Hof van Justitie met name in

[395] Zie, voor een bespreking *in extenso*, E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 486-539, nr. 830-915.
[396] P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*, 78.
[397] Hier past een terminologische noot. In sommige doctrine wordt het begrip *kernbeding* met name gebruikt als verzamelnaam voor enerzijds bedingen met betrekking tot het voorwerp, en anderzijds bedingen inzake de gelijkwaardigheid van prijs/vergoeding en tegenprestatie. Hieronder wordt het begrip echter enkel gebruikt ter aanduiding van enkel dat eerste beding, in *stricto sensu* dus. *Cf.* I. DEMUYNCK, *Thesis*, 115; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 486, nr. 831.
[398] Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[399] COM(90)322 def.
[400] SEC(92)1944 def., 5 (in de Nederlandse versie) of 6 (in de Engelse, Franse, en Italiaanse versie).
[401] Conclusie Kásler, C-26/13, EU:C:2014:85, punt 33. Haakjes overgenomen uit de bron. Dit wordt ook soms aangeduid als de verwerping van de *iustum-pretium*leer.
[402] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 39 en 40 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 50.
[403] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 54, arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 53 en arrest Van Hove, C-92/14, EU:C:2015:262, punt 28.

strikte zin te worden geïnterpreteerd.[404] Enerzijds worden de *kernbedingen* van een overeenkomst daarom omschreven als die bedingen "welke de kern van de prestaties van die overeenkomst bepalen en als dusdanig de overeenkomst kenmerken", met uitsluiting van elke soort van aanvullende bedingen.[405] De ontoetsbaarheid van de bedingen met betrekking tot de prijs is anderzijds beperkt tot de eigenlijke gelijkwaardigheid van de prijs/vergoeding ten opzichte van de tegenprestatie.[406] Immers is de achterliggende idee op dat punt dat er "geen tabellen of juridische criteria bestaan die de toetsing van die gelijkwaardigheid kunnen omlijnen en sturen".[407] Wat met andere woorden in beginsel wel kan worden getoetst, zijn alle overige bedingen met betrekking tot de prijs/vergoeding die iets anders bepalen dan die prijs-kwaliteitsverhouding. Zo zou de berekeningswijze bijvoorbeeld kunnen worden onderworpen aan rechterlijke controle.[408]

130. **Indirecte toetsing. –** Algemeen moet overigens worden genoteerd dat een controle van kernbedingen en de prijs-kwaliteitsverhouding niettemin mogelijk blijft op onrechtstreekse wijze.[409] Zo leent de idee van de strikte interpretatie van uitzonderingen zich tot de vaststelling dat het bestaan van die bedingen in aanmerking kan worden genomen bij het toetsen van *andere* bedingen.[410] Ter illustratie kan worden gedacht aan een enorm lage prijs die een groot onevenwicht in andere bedingen opheft.[411]

131. **Kernbedingen en aansprakelijkheidsbedingen. –** Waar over het *quid* van de prijs-kwaliteitsverhouding betrekkelijk weinig discussie mogelijk is, liggen de zaken anders bij de kernbedingen. Het blijkt met name geen sinecure om *bedingen die betrekking hebben op het voorwerp van de overeenkomst* af te lijnen van aansprakelijkheidsbeperkende en -uitsluitende bedingen.[412] Nochtans is dit onderscheid van niet te onderschatten belang. Immers zijn bedingen die het voorwerp van de hoofdverbintenis bepalen, uitgesloten van de controle uit de Richtlijn, terwijl aansprakelijkheidsbedingen[413] dit niet zijn. Laatstgenoemde bedingen blijken voorts niet vaak onproblematisch te zijn. Het feit dat zowel de Europese[414], Belgische[415] als

[404] Considerans 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen en arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 72, arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 49 en 55 en arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 31. Dit werd voorheen reeds aanvaard in het Nederlandse en Duitse recht, de bakermat van deze uitzondering (E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 498, nr. 850).
[405] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 49 t.e.m. 51, arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 54 en arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 33.
[406] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 54 en 55 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 55. T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 97.
[407] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 54 en 55 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 55.
[408] P. NEBBIA, *Study*, 124; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 497, nr. 848; T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 95.
[409] Zie, *in extenso*, E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 639-640, nr. 1084.
[410] F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*, 30, nr. 92; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 78; T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 95.
[411] P. NEBBIA, *Study*, 124-125.
[412] P. NEBBIA, *Study*, 125 en, *in extenso*, E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 591-610, nr. 999-1036.
[413] Een aansprakelijkheidsbeding kan worden gedefinieerd als "ieder beding waarbij een partij zich geheel of gedeeltelijk vrijstelt van haar gemeenrechtelijke contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid" (E. DIRIX, "Exoneratiebedingen", *TPR* 1988, (1172) 1172).
[414] Bijlage 1, a) en b) bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[415] Art. VI.83, 13°, 25° en 30° WER.

Italiaanse[416] wetgever die categorie van bedingen aan banden leggen in hun lijsten, geeft aan dat ook de normgevers het belang van bestrijding van oneerlijke aansprakelijkheidsbedingen inzien.[417]

132. **Concrete gevallen bij het Hof van Justitie. –** Concreet heeft het Hof van Justitie zich al uitgesproken over de navolgende bedingen. Is met name *mogelijkerwijze*[418] een kernbeding: (1) een beding "dat is opgenomen in een in vreemde valuta opgestelde leningsovereenkomst (…) krachtens hetwelk de verkoopkoers van die valuta wordt gebruikt voor de berekening van de aflossingen van de lening"[419] alsook (2) bedingen die risicoprovisies voorzien[420] en (3) bedingen die het begrip 'arbeidsongeschiktheid' definiëren in een verzekeringsovereenkomst[421]. Dat eerste beding kan voorts in geen geval worden gekwalificeerd als een beding inzake de prijs-kwaliteitsverhouding[422], het tweede beding is dat mogelijks wel.[423] Zijn ten slotte niet onder te brengen tot de besproken uitzonderingen, en zijn dus in elk geval wel toetsbaar: (4) het beding dat een mechanisme ter aanpassing van de kosten voor de aan de consument te verstrekken diensten installeert[424], alsook (5) het beding dat de kredietgever machtigt om onder bepaalde voorwaarden de rentevoet te wijzigen[425].

133. **Transparantievereiste. –** Tot slot wordt in herinnering gebracht dat zowel kernbedingen als bedingen over de prijs-kwaliteitsverhouding slechts aan inhoudelijke controle ontsnappen, "voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd".[426] Bedingen die daarentegen niet aan die transparantievereiste voldoen, worden dus wel toetsbaar op hun oneerlijke aard.[427] Gezien de uitlegging van deze voorwaarde evenwel samenvalt met de identiek geformuleerde algemene transparantievereiste[428] uit de Richtlijn[429], wordt hier volstaan met een verwijzing naar de behandeling van dat onderwerp *infra*, in randnummer 294 en volgende.

[416] Art. 33, tweede lid, a), b), c), q), r) en t) (grijze lijst) en art. 36, tweede lid, a) (zwarte lijst) cod.cons.; zie eveneens art. 1341, tweede lid c.c.
[417] Verschillende criteria zijn denkbaar om uit te maken van welk soort beding er sprake is. Zo kan vooreerst worden vertrokken van de aansprakelijkheid die in beginsel uit de wet vloeit. In die optiek is een beding dat er toe strekt die wettelijke aansprakelijkheid uit te sluiten een toetsbaar aansprakelijkheidsbeding. Een andere mogelijke maatstaf is echter dat er wordt uitgegaan van de prestaties die normaal kunnen worden verwacht met betrekking tot een welbepaalde categorie overeenkomsten. Een derde mogelijkheid is dat de redelijke verwachtingen van de consument ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst *in concreto* worden bepaald (P. NEBBIA, *Study*, 129-131).
[418] Lees: indien de nationale rechter vaststelt dat het kwestieuze beding een wezenlijke prestatie van de overeenkomst vastlegt die als dusdanig de kern er van uitmaakt (arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 59).
[419] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 51.
[420] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 64 t.e.m. 71.
[421] Arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 36 t.e.m. 38.
[422] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 56.
[423] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 64 t.e.m. 71.
[424] Arrest Nemzeti t. Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, punt 23 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 58.
[425] Arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 57 t.e.m. 63.
[426] Art. 4.2, *in fine* Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[427] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 61 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 72.
[428] Art. 5, eerste zin Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[429] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 69 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 73.

4.1.4.2.2. **OMZETTING**

134. **Niet omzetten van uitzondering is geoorloofd. –** Zowel in België als in Italië werden beide uitsluitingen in de nationale rechtsorde overgenomen. Artikel VI.82, derde lid van het Wetboek Economisch Recht neemt met name de bewoordingen uit de Richtlijn woord per woord over, terwijl artikel 34 van de Codice del consumo[430] daar inhoudelijk mee overeenstemt. Evenwel past het hier op te merken dat niet alle lidstaten de uitzondering voor kernbedingen en prijs-kwaliteitsverhoudingen in hun nationale recht hebben overgenomen.[431] Wederom vormt dit Europeesrechtelijk geen probleem.[432] In die lidstaten is de rechter immers bevoegd om *alle* bedingen in consumentenovereenkomsten te toetsen, ongeacht of zij te kwalificeren zijn als één van die twee voornoemde. De consument krijgt dus additionele bescherming ten opzichte van de Richtlijn, wat strookt met de vooropgestelde minimumharmonisatie.[433] Dit werd ook bevestigd door het Hof van Justitie.[434]

135. **Niet omzetten van transparantievereiste bij uitzondering is ongeoorloofd. –** Daarentegen is de situatie manifest anders, wanneer lidstaten weigeren om de transparantievereiste bij kernbedingen en bedingen inzake de prijs-kwaliteitsverhouding in hun nationale recht over te nemen. De weigering om deze *uitzondering op een uitzondering* op het principiële toepassingsgebied te implementeren is hier namelijk wel problematisch in het licht van het communautaire recht. Immers impliceert de niet-overname van de vereiste van duidelijke en begrijpelijke formulering dat ook bedingen die niet op transparante wijze geformuleerd zijn, aan de toets ontsnappen. Dit vermindert met andere woorden de omvang van de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen, en is dus ongeoorloofd.[435] Om die reden werden Frankijk en Nederland dan ook vermaand door de Commissie, toen bleek dat de transparantievereiste niet was overgenomen. Frankrijk paste de wetgeving aan zonder gerechtelijke procedure[436], terwijl Nederland de vereiste van *duidelijke en begrijpelijke formulering* pas in de wetgeving inbouwde[437] na veroordeling door het Luxemburgse Hof.[438]

---

[430] Er moet nochtans worden gewezen op art. 2, tweede lid, e) cod.cons. dat aan de consument o.m. een recht op *equità* (billijkheid) in de contractuele sfeer toekent. Sommige auteurs leiden hier uit af dat de rechter ook in staat is om de wederzijdse contractprestaties onderling af te wegen. *Contra*: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 78-80.

[431] Conclusie Kásler, EU:C:2014:85, punt 38. E. LLAMAS POMBO, "Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (89) (hierna: E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo*) 102 (Spanje); H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 379 (algemeen); T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*, 22 (algemeen).

[432] Zie *supra*, nr. 098 t.e.m. 100.

[433] *Cf.* conclusie Kásler, EU:C:2014:85, punt 38.

[434] Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad, EU:C:2010:309, punt 42 t.e.m. 44.

[435] Art. 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[436] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 5.

[437] Zie met name art. 231, a, *in fine* NBW, zoals aangepast bij wet (NL) 28 oktober 1999 tot aanpassing van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Stb.* 16 november 1999, 468.

[438] Arrest Commissie t. Nederland, EU:C:2001:257 en conclusie Commissie t. Nederland, EU:C:2001:50,

4.2. TOEPASSINGSGEBIED *RATIONE PERSONAE*

136. **Nieuw soort contractenrecht? –** Na de afbakening van het toepassingsgebied *ratione materiae*, wordt hieronder een blik geworpen op het personele toepassingsgebied. Preliminair lijkt het hier interessant om een beschouwing van prof. Antonio CATRICALÀ[439] aan te halen. De genoemde auteur kwalificeert de normen afkomstig van de communautaire richtlijnen inzake consumentenbescherming als een bijzonder, nieuw soort contractenrecht in de Italiaanse rechtsorde.[440] Waar het klassieke burgerlijke recht met name het voorwerp van de verbintenissen uit een concrete overeenkomst vooropstelt als criterium ter bepaling van de toepasselijke set normen, is dit bij *consumentenovereenkomsten* niet het geval. Integendeel wordt de toepasselijkheid van een welbepaald normenarsenaal in deze materie bepaald door de hoedanigheid van de contracterende partijen.[441] Irrelevant hierbij is de *soort* overeenkomst waarover het gaat. Met een oxymoron pleegt hij daarom te spreken over de normen van dit nieuwe contractenrecht als

> *un'eccezione di carattere generale* „[442].

137. **Nuance. –** Gezien de Belgische jurist, door het bestaan van een apart handelsrecht, welbekend is met privaatrechtelijke normen waarvan het toepassingsgebied personeel wordt bepaald[443], komt het voor dat ten aanzien van onze rechtsorde het vernieuwende aspect uit het consumentencontractenrecht niet zozeer te situeren is in het gegeven dat het toepassingsgebied (deels) door de hoedanigheid van de partijen wordt bepaald.[444] Wat daarentegen wel bijzonder lijkt, is vooreerst dat het toepassingsgebied voor dit contractenrecht wordt afgebakend door de hoedanigheid van *twee* partijen[445], alsook dat

punt 27 en 28.

[439] Docent (*professore a contratto*) consumentenrecht aan de Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli te Rome en advocaat te Rome. Ridder in de *Ordine al Merito della Republica Italiana* (Orde van Verdienste van de Republiek Italië). Oud-viceminister van Economische Ontwikkeling van Italië, oud-Secretaris-generaal van de Italiaanse *Consiglio dei Ministri* (Ministerraad) en gewezen Staatssecretaris van de *Presidente del Consiglio dei Ministri* (Italiaanse Eerste Minister), ex-afdelingsvoorzitter van de *Consiglio di Stato* (Raad van State), erevoorzitter van de *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (*i.e.* de Italiaanse mededingingsautoriteit, ook bevoegd voor marktpraktijken en consumentenbescherming), gewezen docent (*professore a contratto*) privaatrecht aan de Università degli studi Roma Tor Vergata (UniRoma 2) *etc*.

[440] Er wordt dan ook soms gewaagd van een *terzo contratto* (derde overeenkomst). Zie, in een notendop, V. ROPPO, "From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?", *ERCL* 2009, (304) (hierna: V. ROPPO, *To Asymmetric Contracts: a Trend?*), 347-348.

[441] Vgl. V. RIZZO, *Profili storici*, 45-46.

[442] "*een uitzondering van algemene aard*". A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 91, nr. 1.

[443] Het handelsrecht vindt immers toepassing in rechtsverhoudingen met een *koopman* (althans *tegen* die *koopman*) in de zin van art. 1 (t.e.m. 3) W.Kh.

[444] Het Italiaanse contractenrecht is sedert het burgerlijk wetboek van 1942 namelijk onbekend met het onderscheid tussen handels- en burgerlijke overeenkomsten (V. ROPPO, *To Asymmetric Contracts: a Trend?*, 348-349).

[445] Het handelsrecht is immers van toepassing *jegens de koopman*, zodra deze die hoedanigheid heeft, zonder dat de hoedanigheid van de wederpartij daarbij speelt.

de omschrijving van één van die partijen, de professionele partij met name, niet overeenstemt met de klassieke Belgische notie van *koopman*[446] uit het handelsrecht[447].

138. **Overzicht. –** Na deze theoretische kanttekeningen, zullen hieronder de figuren ter bepaling van de grenzen van de bescherming *ratione personae* worden overlopen. Zoals reeds aangehaald, moeten er twee actoren in het spel zijn, opdat de Richtlijn toepassing vindt: de consument (4.2.2) en zijn professionele medecontractant (4.2.1).[448]

4.2.1. DE PROFESSIONEEL

139. **Terminologie. –** De eerste figuur die te berde wordt gebracht, is de professioneel. Zoals reeds *supra* gesignaleerd, wordt door de Europese normgever onderling verschillende en soms verwarrende terminologie gebruikt om die partij aan te duiden.[449] Ook is reeds ingegaan op het terminologieverschil tussen lidstaten die vertrekken vanuit een materieel toepassingsgebied en lidstaten die het toepassingsgebied van de bescherming tegen oneerlijke bedingen laten afhangen van de kwalificatie van één van de contractpartijen als consument.[450] Samenvattend kan hieruit worden besloten dat in het onderstaande *professioneel* als loperwoord zal worden gebruikt om de in artikel 2, c) van de Richtlijn bedoelde persoon en de corresponderende figuren uit de nationale rechtsordes te duiden, alsook dat de professioneel niet hoort te worden verward met de ruimere notie[451] van de *gebruiker* van algemene voorwaarden.

4.2.1.1. ALGEMEEN

4.2.1.1.1. EUROPESE NOTIE

140. **De Richtlijn. –** De Richtlijn Oneerlijke Bedingen omschrijft de professioneel als iedere (rechts- of natuurlijke) persoon die "handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit."[452] Het hoeft weinig betoog dat dit een erg ruim begrip[453] is, dat alle professionele activiteiten omvat, ongeacht hun aard[454].

141. **Hof van Justitie. –** Reeds voor de afkondiging van de Richtlijn in 1993 was een gelijkaardig begrip al gangbaar in de Europese rechtspraak. Met name op het gebied van de communautaire normgeving inzake mededinging, werd door het Hof van Justitie al

[446] Zie *supra*, vn. 443.
[447] Het begrip is immers ruimer. Zie R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 3.
[448] Zie, over de gebruikte terminologie, *supra*, nr. 035 e.v.
[449] Zie *supra*, nr. 042 t.e.m. 045.
[450] Zie *supra*, nr. 042.
[451] De notie is ruimer, nu zij immers ook niet-professionelen omvat, wanneer die algemene voorwaarden gebruiken.
[452] Art. 2, c) Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[453] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 22-23, nr. 20; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 151, nr. 8.
[454] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 13; T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 94.

verschillende malen de gelegenheid te baat genomen om de actoren in dat rechtsveld, *entreprises*, *undertakings* of *ondernemingen* genoemd[455], te identificeren.

142. **Mededingingsrecht. –** Om in het mededingingsrecht als *onderneming* te worden gekwalificeerd, is met name vereist dat er sprake is van een "eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd", aldus de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.[456] Onder *economische activiteit* moet, ook nog volgens het Hof, "iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt"[457] worden begrepen.[458]

143. ***Quid* economische activiteit? –** Die *economische activiteit* impliceert voorts een zekere duurzaamheid. Een louter occasionele economische handeling volstaat niet om onder de notie te ressorteren.[459] Een rechtenstudent die zijn oude wetboeken of eigen nota's eenmalig verkoopt na een online advertentie, zal dus geen professioneel zijn. Daarentegen is, in het leerstuk over oneerlijke bedingen, noch de rechtsvorm, noch de aanwezigheid van winst of winstoogmerk relevant.[460] Zo kunnen ook verenigingen zonder winstoogmerk en feitelijke verenigingen onder de regeling vallen.[461] Een studentenvereniging met een goed uitgewerkte boekenverkoopdienst valt dus wellicht wel onder de notie.

144. **Arrest BKK Mobil Oil. –** Hoewel oorspronkelijk door de rechtspraktijk werd aangenomen dat de Europese maatstaven om uit te maken wanneer er sprake is van een professioneel, gelijkaardig waren in het mededingings- en consumenten-beschermingsrecht[462], bleek dit in het arrest BKK Mobil Oil[463] niet het geval. Met name

[455] Vgl. art. 101 VWEU.
[456] Arrest Höfner en Elser t. Macrotron, C-41/90, EU:C:1991:161, punt 21, arrest Poucet en Pistre t. AGF en Cancava, C-159/91 en C-160/91, EU:C:1993:63, punt 17, arrest FFSA *et al.* t. Ministère de l'Agriculture en de la Pêche, C-244/94, EU:C:1995:392, punt 14, arrest Albany, C-67/96, EU:C:1999:430, punt 77, arrest Brentjens', C-115/97 t.e.m. C-117/97, EU:C:1999:434, punt 77, arrest Drijvende Bokken, C-219/97, EU:C:1999:437, punt 67, arrest Pavlov *et al.*, C-180/98 t.e.m. C-184/98, EU:C:2000:428, punt 74 en arrest Ambulanz Glöckner, C-475/99, EU:C:2001:577, punt 19.
[457] Arrest Commissie t. Italië, C-118/85, EU:C:1987:283, punt 7, arrest Commissie t. Italië, C-35/96, EU:C:1998:303, punt 36, arrest Pavlov *et al.*, EU:C:2000:428, punt 75 en arrest Ambulanz Glöckner, EU:C:2001:577, punt 19.
[458] *Cf.* P. NEBBIA, *Study*, 107.
[459] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 2.
[460] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 691; R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 2.
[461] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 3 (*in fine*) en 4.
[462] P. NEBBIA, *Study*, 107. Zie bv. ook considerans B.4.1 in GwH (BE) 9 juli 2013, nr. 2013/99, *BS* 16 september 2013 (ed. 2) (uittreksel) en 17 september 2013, *JLMB* 2013, 1919 (samenvatting), noot M.R., *Jb.Markt.* 2013, 705, *NJW* 2013, 793, noot R. STEENNOT en *RW* 2013-14, 781 (samenvatting), noot, waar ons Grondwettelijk Hof laat uitschijnen dat het begrip *onderneming* in het communautaire contentieux gelijk dient te worden ingevuld in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Richtl.EP&Raad 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van de Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L* 11 juni 2005, afl. 149, 22 (hierna: Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken)) als in het mededingingsrecht.
[463] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634.

werd in die zaak met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken een ziekenfonds door het Hof van Justitie gekwalificeerd als een professioneel in de zin van het consumentenrecht. Het voegt daar aan toe dat de vraag of de betrokken instelling publiekrechtelijk of privaat van aard is, irrelevant is. Evenmin doet de specifieke taak – *in casu* het vervullen van taken in het kader van de wettelijke ziekteverzekering[464] – hierbij ter zake.[465]

145. **Tweedeling consumenten- *versus* mededingingsrecht. –** Met die rechtspraak voegt de Europese rechter een dichotomie door in het communautaire contentieux. Het is nu dus duidelijk dat het begrip *professioneel* ruimer moet worden ingevuld in het consumentenacquis dan in het mededingingsrecht.[466] Dat deze uitspraak ook doorwerkt op andere consumentenbeschermende regels dan in verband met de oneerlijke handelspraktijken, komt ons evident voor. De door het Hof opgeworpen finaliteit een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen[467] wordt immers evenzeer nagestreefd door de andere consumentenrechtelijke richtlijnen. Ook daar is dus het verschil in doelstelling tussen het mededingings- en consumentenrecht aanwezig.[468] Een bijkomend argument voor het doortrekken van de bevindingen in het arrest naar het leerstuk van de oneerlijke bedingen, kan tot slot worden gelezen in de vermelding van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen als voorbeeld in de conclusies van de Advocaat-generaal in die zaak.[469]

146. **Professioneel en consument. –** Een verder aspect bij de definitie van de professioneel, is de volgende overweging van het Hof van Justitie:

> **“** *Bovendien moeten* (…) *de betekenis en de draagwijdte van het* (…) *begrip ‘handelaar’ worden bepaald in verhouding tot het correlatieve, maar tegengestelde begrip ‘consument’, dat verwijst naar elke niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende particulier* (…). **„**[470]

Aldus blijkt dat het Hof een – zeer ruime – alternatieve definitie vooropstelt, om de professionele medecontractant in consumentenovereenkomsten aan te duiden. Als *professionelen* zouden met name kunnen worden omschreven “(natuurlijke of rechts)personen die geen consument zijn”. De consument is in die optiek uiteraard “iemand die geen professioneel is”.[471] Een gelijkaardige benadering is overigens te vinden in de huidige lezing van de CESL.[472] Het spreekt vanzelf dat minstens één van beide begrippen positief gedefinieerd moet worden, om niet verzeild te geraken in een cirkelredenering. Het geniet o.i. dan ook de voorkeur dat de beide begrippen – zowel de

[464] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 21.
[465] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 37.
[466] Zie hierover in detail, R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 5-6, nr. 6.
[467] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 34.
[468] In dezelfde zin: R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 6, nr. 6.
[469] Conclusie BKK Mobil Oil, C-59/12, EU:C:2013:450, punt 41.
[470] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 32.
[471] Tot een gelijkaardig besluit wordt gekomen in Cass. (BE) 11 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, 564, concl. THIJS, *JLMB* 2002, 1740, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 32, 6 (weergave A. Van den Bossche), *Pas.* 2001, 830, concl. THIJS, *TBH* 2001, 692 (verkort), noot G. STRAETMANS en noot N.D.
[472] Zie m.n. art. 2, e) en f), eerste halfzin Voorstel Verordening CESL.

professioneel als de consument – op positieve wijze worden gedefinieerd. De geciteerde benadering van het Hof kan daarbij helpen als leidraad, alsook om in twijfelgevallen lacunes in de omschrijvingen van de rechtsfiguren op te vullen.

147. **Geleverde goederen of prestaties. –** Tot slot past het in herinnering te brengen dat het voor de toepasbaarheid van de normen inzake oneerlijke bedingen in beginsel irrelevant is welke goederen of prestaties er worden geleverd aan de consument.[473] Ook wanneer de consument bij de overeenkomst bijvoorbeeld de verkoper is[474], en de professioneel de koper, blijven de normen inzake oneerlijke bedingen van toepassing.[475]

4.2.1.1.2. BELGISCHE NOTIE

148. **Te koop aanbieden of verkopen. –** Bij de omzetting van deze notie in het Belgische recht werd oorspronkelijk een te eng criterium gebruikt.[476] De wetgever achtte het met name enkel nodig de bescherming tegen oneerlijke bedingen toe te passen op het "te koop aanbieden of verkopen van producten en diensten".[477] Om zich te conformeren aan de Richtlijn werd het toepassingsgebied uit de wet aangepast, doch enkel wat betreft het leerstuk van de oneerlijke bedingen.[478]

149. **Op duurzame wijze een economisch doel nastreven. –** Sedert de Wet Marktpraktijken wordt eenzelfde definitie gebruikt ter identificatie van de professioneel in het volledige marktpraktijken- en consumentencontentieux.[479] Artikel I.1, 1° WER leest nu dat "elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen" onder die notie valt. Hierbij verdient het de opmerking dat die definitie in beginsel ook doorwerkt in de andere boeken van het Wetboek Economisch Recht. Daarmee wordt het eerdere argument dat het nutteloos was de ondernemersverenigingen mee onder het toepassingsgebied te schuiven, omdat een gelijkstelling van die verenigingen enkel in de mededingingsnormgeving relevantie had[480], thans ontkracht. Immers is de algemene definitie nu ook van toepassing op boek IV, dat het mededingingsrecht bevat.[481]

150. **Bijzondere definitie KBO. –** Enige nuance is evenwel op zijn plaats wanneer er wordt gewaagd van een definitie van de professioneel voor het hele Wetboek Economisch

[473] Zie *supra*, nr. 110.
[474] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een tweedehands verkoop (eventueel in combinatie met de aankoop van een nieuw goed bij de professioneel).
[475] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4-5.
[476] S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 151-152, nr. 8.
[477] Art. 1.6 Wet Handelspraktijken (opgeheven).
[478] Art. 31, §2, 2° Wet Handelspraktijken (opgeheven), zoals aangepast door art. 2 wet (BE) 7 december 1998 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 23 december 1998. T. BOURGOIGNIE, *L'expérience en Belgique*, 91; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 51 e.v.
[479] Zie, voor een uitgebreide behandeling van het begrip *onderneming* naar Belgisch recht, R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 2 t.e.m. 7.
[480] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 7 en 8.
[481] *Cf.* R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 5-7, nr. 6-7.

Recht. Ten eerste moet immers rekening worden gehouden met de werkwijze van de wetgever om een term die reeds algemeen gedefinieerd werd, opnieuw te definiëren voor de toepassing van een welbepaald boekdeel. Meer bepaald bevat artikel I.5, 1° WER een bijzondere omschrijving van *onderneming*, doch enkel voor de normen inzake de Kruispuntbank van Ondernemingen. Voor het hier behandelde leerstuk heeft die afwijkende definitie evenwel geen relevantie.

151. **Doelgerichte interpretatie. –** Ten tweede mag ook de techniek van de *doelgerichte interpretatie* niet uit het oog worden verloren.[482] Die bestaat er met name in dat de omschrijving van wie als *professioneel* kan worden gekwalificeerd, verschilt naargelang de materie waarin het begrip voorkomt. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt immers dat de professioneel uit het mededingingsrecht een engere notie is, dan de professioneel in het consumentencontentieux.[483] Ook wordt in herinnering gebracht dat dit begrip op autonome, gelijkvormige wijze uitlegging behoeft in de volledige Unie.[484] Bijgevolg dient ditzelfde woord *onderneming* doorheen het Wetboek Economisch Recht op verschillende manieren – en met name in het licht van de relevante Europese rechtspraak – te worden gelezen, naargelang de herkomst en finaliteit van de norm. Om die reden kan overigens onder meer worden betoogd dat, wanneer de definitie het heeft over een *economisch doel* dat dient te worden nagestreefd, dit eigenlijk kan worden gelezen als de Europeesrechtelijke vereiste[485] van een *economische activiteit*.[486]

152. **Beoefenaars van een vrij beroep. –** Ten derde is het ook opletten geblazen bínnen de materie van de marktpraktijken en consumentenbescherming. *Beoefenaars van een vrij beroep*[487] worden immers uit het toepassingsgebied van boek VI uitgesloten[488], doch enkel voor wat betreft de omstandigheid waarin zij *kenmerkende intellectuele prestaties* leveren. Dit volgt uit het gegeven dat zij, wat betreft het leveren van diezelfde prestaties, onderworpen zijn aan de regels van boek XIV[489], in combinatie met het beginsel van *lex specialis*[490]. Bijgevolg zal er, wat marktparktijken en consumentenbescherming betreft – naargelang het geval – formeel moeten worden teruggevallen, hetzij op de bepalingen van boek VI, hetzij op die van boek XIV.[491] Hoewel de inhoudelijke impact hiervan verwaarloosbaar is[492], maakt dit laatste gegeven er een goed begrip van het personeel toepassingsgebied niet makkelijker op.

[482] A. PUTTEMANS en R. GYORY, *De neuf dans la LPMC*, 6-7, nr. 5; R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 5-7, nr. 6-7.
[483] Zie *supra*, nr. 145.
[484] Vgl. *supra*, nr. 088.
[485] Zie *supra*, nr. 142 en 143.
[486] F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*, 4, nr. 5.
[487] Art. I.8 (versie boek XIV, zie *supra*, vn. 269), 35° WER.
[488] Zie over de vrije beroepers, *infra*, nr. 167 e.v.
[489] Art. XIV.1 WER.
[490] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 10, nr. 14.
[491] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 10, nr. 14.
[492] Zie *infra*, nr. 173.

4.2.1.1.3. ITALIAANSE NOTIE

153. **Codice civile. –** Zoals *supra* verduidelijkt[493], bestaan er in Italië naast elkaar twee reeksen beschermingsregels tegen eenzijdig opgelegde voorwaarden. De bepalingen uit het burgerlijk wetboek van 1942, die gehekeld worden omwille van de louter formele – en daarom weinig effectieve – aard van de bescherming die zij doorvoeren[494], hebben een toepassingsgebied dat louter materieel gedefinieerd wordt.[495] Voor die normen is de notie van de professioneel dus irrelevant.

154. **Codice del consumo. –** Daarentegen werd de dubbele afgrenzing van het toepassingsgebied – *ratione materiae* én *ratione personae* – wel overgenomen in de normgeving inzake oneerlijke bedingen afkomstig van de Richtlijn.[496] De figuur van de professioneel, *il professionista*, is aldus wel van belang voor dat leerstuk.[497]

155. **Huidige definitie. –** In tegenstelling tot de Franse Code de la consommation, waar bewust werd gekozen de notie van *le professionnel* niet te definiëren[498], bevat de Italiaanse Codice del consumo wel een omschrijving van de professionele wederpartij van de consument. Vandaag wordt met name als *professionista* beschouwd:

> **“** *la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario* **„**[499].

156. **Eerdere definitie. –** Net zoals de Belgische definitie, heeft ook de Italiaanse evenwel een zekere wetgevende evolutie gekend. Eerder gewaagde de wet immers van de professioneel als:

> **“** *la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma* [cioè: *il contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi*] **„**[500].

157. **Handelen *versus* gebruiken. –** Wat vooral opvalt – naast de reeds aangehaalde verruiming van het voorwerp van de overeenkomsten onder het toepassingsgebied van de wet[501] – is vooreerst dat het kerncriterium thans niet langer *het gebruiken* (vgl. “*utilizza*”)

---

[493] Zie *supra*, nr. 059 t.e.m. 061 en 073.
[494] Zie *supra*, nr. 060 en 289.
[495] Zie *supra*, nr. 101.
[496] Zie *supra*, nr. 102.
[497] *Cf.* V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[498] G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, nr. 12; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 365.
[499] “*de natuurlijke of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van de eigen ondernemers-, commerciële, ambachts- of professionele activiteit, dan wel één van zijn tussenpersonen*”. Art. 3, eerste lid, c) cod.cons.
[500] “*de publieke of private, natuurlijke of rechtspersoon die, in het kader van zijn ondernemers- of professionele activiteiten de overeenkomst uit het eerste lid gebruikt* [met name: *de overeenkomst gesloten tussen de consument en de professioneel, die als voorwerp de overdracht van goederen of de levering van diensten heeft*]”. Art. (oud) 1469*bis* c.c., zoals ingevoerd door art. 25 Communautaire Wet (IT) 1996, n. 52.
[501] De vereiste van “*overeenkomsten* (…) *die als voorwerp de overdracht van goederen of de levering van diensten* [*hebben*]” werd bij Wet (IT) 1999, n. 526 immers geschrapt. Zie *supra*, nr. 110 e.v.

van consumentenovereenkomsten in het kader van een beroepsactiviteit (vgl. "*nel quadro della sua attività* (…)") is, doch wel louter *het handelen* (vgl. "*agisce*") in de uitoefening van de activiteit.

158. **Gebruiken: specialiteitscriterium? –** Onder de oude definitie werd in "*het gebruiken* (…) *in het kader van een beroepsactiviteit*" een argument ten voordele van het specialisatiecriterium[502] gelezen. Immers, de letter van de wet leek te laten uitschijnen dat het beschermingsregime slechts toepassing vond, indien de overeenkomst ter zake onder de (gewoonlijke) activiteit van de professioneel te scharen viel. Enkel dus wanneer een overeenkomst viel binnen de specifieke activiteit van de professioneel – *ergo*: enkel wanneer de overeenkomst kon worden ondergebracht in een veld waarin de professioneel deskundigheid bezat, wanneer het één van zijn *specialiteiten* betrof – kon zij op de aanwezigheid van oneerlijke bedingen worden getoetst.[503]

159. **Handelen: bestemmingscriterium. –** Sedert 23 oktober 2005[504] is dat tekstuele argument evenwel verdwenen. Meer nog, de toen ingevoerde definitie verschaft zelfs een letterargument in de tegengestelde zin. Doordat de wet nu immers het loutere *handelen in de uitoefening van* een beroepsactiviteit als maatstaf hanteert, wordt met name de doelstelling van het sluiten van de overeenkomst centraal geplaatst. De bestemming lijkt met andere woorden te primeren: ongeacht of de gestelde handeling de hoofd- of nevenactiviteit van de professioneel uitmaakt, zodra hij die handeling stelt binnen zijn beroepsactiviteit, is hij onderworpen aan de wet.[505] Dit lijkt ook te worden bevestigd door het Italiaanse Cassatiehof[506] en spoort met de communautaire rechtspraak over dit onderwerp.[507]

160. **Publiek en privaat. –** Een ander verschil met de oude definitie, is de afwezigheid van de uitdrukkelijke vermelding van de irrelevantie van het *pubblica o privata* (publieke of private) karakter van de professioneel. Rechtspraak[508] en rechtsleer[509] lijken evenwel geen acht te slaan op het verdwijnen van die begrippen uit de wettekst, en achten de regels nog steeds evenzeer toepasselijk op publieke professionelen.[510]

161. **Vijf mogelijke activiteiten. –** Voorts is het vermeldenswaardig dat de (huidige) definitie vijf alternatieve criteria gebruikt met betrekking tot het voorwerp van de uitgeoefende activiteit van de professioneel. Om *professionista* te zijn, moet een persoon

[502] Zie, over het specialisatie- en bestemmingscriterium bij het bepalen van de hoedanigheid van consument of professioneel, *infra*, nr. 218 t.e.m. 227.
[503] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 27, nr. 5.
[504] Dit is de datum van inwerkingtreding van de Codice del consumo.
[505] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 28, nr. 5.
[506] Cass. (IT) 25 juli 2001, n. 10127, 22 mei 2006, n. 11933, 13 juni 2006, n. 13643, 8 juni 2007, n. 13377, 14 juli 2011, n. 15531, 28 augustus 2012, n. 14679 en 15 mei 2013, n. 11773, *motivo* 3 en 4 (samen behandeld), *in fine*.
[507] Zie *infra*, nr. 223.
[508] Cass. (IT) 8 juni 2007, n. 13377 en 15 mei 2013, n. 11773, *motivo* 3 en 4 (samen behandeld), *in fine* en Tribunale (IT) Torre Annunziata 31 mei 2006, *Corriere merito* 2006, 1117.
[509] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 30, nr. 6.
[510] Zie *infra*, nr. 187.

met name ofwel zelf een (1) ondernemers-, (2) commerciële, (3) ambachts- of (4) professionele activiteit ontplooien, dan wel (5) de *tussenpersoon* zijn van iemand die één van die activiteiten stelt.

162. **Tussenpersoon. –** Met die laatste figuur (5), de *intermediario* (tussenpersoon) doelt de wetgever, zo blijkt uit de parlementaire voorbereidingen, op elke persoon die handelt in naam en voor rekening van de professioneel.[511] Het lijkt erop dat de Italiaanse wetgever met de toevoeging van die ene term, de toenmalige definitie wilde aanpassen aan de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.[512] Evenwel is de reikwijdte van dit begrip betwist. Waar het immers duidelijk is dat ook de lasthebber (*rappresentante*) er onder begrepen kan worden, is discussie mogelijk over figuren die een minder manifeste band hebben met een professioneel, zoals personen die handelen in eigen naam, maar voor andermans rekening.[513] Het is duidelijk dat hier een delicate belangenbalans mee gemoeid is: een ruimere invulling van het begrip kent meer bescherming toe aan de consument, maar zal mogelijks ook onwetende actoren onder de notie professioneel slepen.

163. **Commerciële en ambachtsactiviteiten. –** Een tweede bemerking over die vijf criteria, betreft de vermelding van (2) commerciële en (3) ambachtsactiviteiten. Deze twee alternatieven werden in 2007 toegevoerd[514] aan de ondernemers- en professionele activiteiten[515]. De oorsprong van die wetswijziging is opnieuw duidelijk te vinden in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Immers, waar de Europese definities van de professioneel in eerdere richtlijnen enkel van *attività professionali* gewaagden[516], werden commerciële, industriële[517] en ambachtsactiviteiten plots aan het rijtje toegevoegd in de Italiaanse en Franse versie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de Richtlijn Consumentenrechten.[518] Vooreerst is het enigszins vreemd dat diezelfde wijziging in de Nederlandse[519] tekst pas terug te vinden is vanaf de Richtlijn Consumentenrechten.[520] Ten

[511] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 32, nr. 6.
[512] In art. 2, b) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken worden de personen die "in naam van of voor rekenschap van [een professioneel] optre[den]" immers gelijkgesteld met de professioneel.
[513] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 33, nr. 6; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 34-35.
[514] Art. 3 decreto legislativo (IT) 23 oktober 2007, n. 221 'disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229', *GU* 29 november 2007, n. 278.
[515] Over de ondernemers- en professionele activiteiten, zie hieronder, *infra*, nr. 187 e.v.
[516] Dit is bv. het geval in art. 2, c) Richtlijn Oneerlijke Bedingen en art. 2, 3) Richtlijn Overeenkomsten Op Afstand.
[517] De *attività industriali* werden evenwel niet overgenomen in de internrechtelijke definitie in Italië.
[518] Art. 2, b) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en art. 2, 1) Richtlijn Consumentenrechten definiëren de professioneel immers als een persoon die handelt met doeleinden die vallen "*nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*" of "*dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*".
[519] In de vier bepalingen vermeld in vn. 516 en 518, staat in het Nederlands immers telkens te lezen dat als professioneel wordt beschouwd, in volgorde van afkondiging: de persoon die handelt in het kader van zijn "beroepsactiviteit", zijn "bedrijfs- of beroepsactiviteit" (twee maal) en zijn "handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit". In de Duitse versies is een ietwat gelijkaardige evolutie te ontwaren.
[520] In de Engelse versies werd dan weer overgestapt van "*purposes relating to his trade, business or profession*" over "*acting in his commercial or professional capacity*" tot "*purposes related to his trade, business,* craft *or profession*" (eigen markering).

tweede werd deze toevoeging door de Italiaanse rechtsleer op kritische wijze onthaald. Gezien de andere twee categorieën activiteiten een dermate ruime strekking hebben dat de commerciële en ambachtsactiviteiten daar sowieso al onder vallen, wordt het addendum van de wetgever als nutteloos en verwarrend afgedaan.[521]

164. **Irrelevantie van kwalificatie, rechtsvorm en specifieke kenmerken. –** De wet viseert overigens, net zoals dat in het Belgische recht het geval is, zowel natuurlijke als rechtspersonen.[522] Voorts neemt de doctrine aan dat ook entiteiten die *stricto sensu* geen rechtspersoonlijkheid bezitten, eveneens onder de definitie vallen.[523] Tot slot is zowel de Belgische[524] als de Italiaanse[525] rechtspraktijk het er over eens dat de hoedanigheid van professioneel niet gebonden is aan enige registratie of sociaal statuut. Het louter effectief en gewoonlijk uitoefenen van beroepsactiviteiten volstaat dus opdat de consumentenbeschermende regeling toepasselijk is.[526] Die laatste twee aspecten vinden overigens bevestiging in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof meent immers dat de professioneel in het consumentenrecht van communautaire oorsprong op autonome wijze dient te worden geïnterpreteerd.[527] Bijgevolg, concludeert het Hof, zijn "de kwalificatie, rechtsvorm en specifieke kenmerken van de betrokken instelling naar nationaal recht (…) dus niet relevant"[528].

4.2.1.2. SUBCATEGORIEËN

165. **Vrije beroepers en publieke diensten. –** In wat volgt, wordt kort ingegaan op twee figuren die eigenlijk subcategorieën van de algemene notie van *de professioneel* vormen, maar waarvan de implementatie in de nationale rechtsordes niet onproblematisch is gebleken. Het betreft met name (1) de beoefenaars van een vrij beroep en (2) de aanbieders van publieke diensten.

4.2.1.2.1. VRIJE BEROEPERS

166. **Europees geen onderscheid. –** Nooit heeft het Europese mededingings- of consumentenacquis een onderscheid gekend tussen beoefenaars van vrije beroepen en (andere) professionelen. Zo werden advocaten[529] en medici[530] door het Hof van Justitie in verschillende uitspraken gekwalificeerd als ondernemingen. Immers, aldus het Hof,

[521] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 31, nr. 6; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 33-34.
[522] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 29, nr. 6.
[523] Aldus de meerderheidsstrekking, volgens A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 30, nr. 5; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 34.
[524] Vgl. R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 2.
[525] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 32, nr. 6; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 34.
[526] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 34.
[527] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 25.
[528] Arrest BKK Mobil Oil, EU:C:2013:634, punt 26.
[529] Arrest Wouters *et al.*, C-309/99, EU:C:2002:98, punt 48 t.e.m. 49 (met betrekking tot het mededingingsrecht) en arrest Šiba, EU:C:2015:14, punt 35 (met betrekking tot de Richtlijn Oneerlijke Bedingen).
[530] Arrest Pavlov *et al.*, EU:C:2000:428, punt 77.

> “ [*zij*] *oefenen* (…) *een economische activiteit uit en zijn derhalve ondernemingen in de zin van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag* [*i.e.* de mededingingsregels]*; daaraan doet niet af dat hun diensten complex en technisch van aard zijn, noch dat de uitoefening van hun beroep aan regels gebonden is* (…). „[531]

Zoals *supra* verduidelijkt, wordt de notie van de professionele partij in de normgeving over consumentenbescherming daarenboven nog ruimer geïnterpreteerd dan *ondernemingen* in het mededingingsrecht.[532] Dit volgt immers net uit de doelstelling om zo veel (als) mogelijk consumenten te beschermen. Bijgevolg moet worden aangenomen dat vrije beroepers *a fortiori* onder het personele toepassingsveld van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen valt.

167. **Belgische perikelen. –** Edoch, zo had de Belgische wetgever het oorspronkelijk niet begrepen. Het is met name pas negentien jaar, vijf maanden, drie arresten van het Grondwettelijk Hof die tot discriminatie besloten en één veroordeling door het Hof van Justitie[533] na de omzettingsdatum van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, dat de Belgische wetgeving in overeenstemming is gebracht met de Europese normen.

168. **De odyssee van de Belgische vrije beroepers: Wet Vrije Beroepers. –** Gezien de materie reeds het voorwerp van menig pennenvrucht is geweest, wordt hieronder volstaan met een korte synthese van de wetsgeschiedenis en een herhaling van de *status quo*. Met name wordt pas in 2002 een wet[534] ingevoerd die – onder meer – een regime tegen oneerlijke bedingen invoert, in de verhouding tussen consumenten en *beoefenaars van een vrij beroep*.[535] In tegenstelling tot de toenmalige Wet Handelspraktijken, die de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in het Belgische recht omzette voor overeenkomsten met alle andere categorieën professionelen, bestond de afdeling in de Wet Vrije Beroepers gewijd aan de oneerlijke bedingen, uit een tekst die meer aansloot bij de bewoordingen van de Richtlijn. Belangrijke inhoudelijke verschillen waren voornamelijk dat enkel niet-onderhandelde bedingen in beginsel onder het toepassingsveld van de Wet Vrije Beroepers vielen[536], alsook dat de bevoegde stakingsrechter niet de voorzitter van de rechtbank van koophandel[537], doch wel die van de rechtbank van eerste aanleg[538] was.

169. **De odyssee van de Belgische vrije beroepers: discriminatie. –** Ten gevolge van het door de wetgever ingevoerde onderscheid in toepasselijke normen, afhankelijk van het feit of de professioneel al dan niet als beoefenaar van een vrij beroep te kwalificeren

[531] Arrest Pavlov *et al.*, EU:C:2000:428, punt 77.
[532] Zie *supra*, 144.
[533] Arrest Commissie t. België, C-421/12, EU:C:2014:2064. Ter nuancering: die laatste veroordeling, deels wegens gebrekkige omzetting van het toepassingsgebied, voor wat betreft de vrije beroepers, had evenwel betrekking op de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.
[534] Wet Vrije Beroepers.
[535] Zie *supra*, nr. 077.
[536] Art. 7, §2 WVB (opgeheven). Er waren evenwel ook vermoedens van de niet-onderhandelde aard van de bedingen. Zie hierover *supra*, nr. 097.
[537] Art. 95, eerste lid WHPC (opgeheven), thans art. XVII.1, eerste lid WER.
[538] Art. 18, eerste lid WVB (opgeheven), thans art. XVII.1, tweede lid WER.

viel, ontstond de nodige polemiek. Die had onder meer betrekking op de invulling van de notie van *beoefenaar van een vrij beroep*. Van groot belang was bijvoorbeeld de zaak L. De Cock[539], waarin het Grondwettelijk Hof bij prejudiciële vraag oordeelde dat de toepasbaarheid van verschillende normen op vrije beroepers en *ondernemingen*, een willekeurig onderscheid was, en dus een ongeoorloofde discriminatie bewerkstelligde.

170. **De odyssee van de Belgische vrije beroepers: nieuwe definitie. –** Met de invoering van het Wetboek Economisch Recht hoopte de wetgever eindelijk klaarheid te scheppen wat betreft de beroepsgroepen die al dan niet onder voornoemd begrip vallen.[540] Er werd een nieuwe definitie ingevoerd in (één van de twee versies[541] van) artikel I.8[542], bestaande uit negen cumulatieve voorwaarden.[543] Evenwel was het Grondwettelijk Hof in de materie nogmaals tussengekomen in twee arresten uit 2012 en 2013.[544] Daarin werd het onderscheid dat de wetgever maakte, tussen enerzijds beoefenaars van een vrij beroep, en anderzijds *ondernemingen*, wederom telkens ongrondwettig bevonden.

171. **De odyssee van de Belgische vrije beroepers: boek XIV én boek VI Wetboek Economisch Recht. –** Door de onhoudbaarheid van aparte normgeving voor vrije beroepers *versus* andere professionelen, werd beslist om ook de vrije beroepers te onderwerpen aan boek VI inzake marktpraktijken en consumentenbescherming.[545] Daarnaast werd evenwel besloten om de – thans uitvoerig omschreven – vrije beroepers, "voor de intellectuele prestaties kenmerkend voor [hun] beroepen die zij leveren"[546] óók te onderwerpen aan de bepalingen uit boek XIV.[547] Gezien het beginsel dat *lex specialis derogat legi generali*[548] is boek VI in dat geval niet meer van toepassing.

172. **Synthese huidige situatie. –** Voor wat betreft de leer der oneerlijke bedingen, kan dit o.i. worden samengevat als volgt: contracteert een consument met een professioneel die voldoet aan de definitie van *beoefenaar van een vrij beroep*, betreft het voorwerp van die overeenkomst een intellectuele prestatie én is die prestatie *kenmerkend* voor het beroep van die professioneel, dan en alleen dan zijn de bepalingen uit boek XIV

539 GwH (BE) 6 april 2011, nr. 55/2011, *Arr.GwH* 2011, 1135, *BS* 8 juni 2011, 33387 (uittreksel), *DCCR* 2011, 185, noot F. JUDO en J. STUYCK, *Juristenkrant*, afl. 228, 1, *D&T* 2011, 460, noot N. MAES, *DAOR* 2011, afl. 99, 448, noot P. BRULEZ, *Ius & Actores* 2011, 85, *JLMB* 2011, afl. 18, 861, *Jb.Markt.* 2011, 600, *NJW* 2011, afl. 241, 298, noot R. STEENNOT, *NNK* 2011, afl. 4, 7, noot A. HALLEMANS, *RW* 2010-11, 1494 (samenvatting) en 2011-12, 903, noot D. MERTENS en 2013-14, 160 (samenvatting), *TBH* 2011, 722 (samenvatting) en *TBO* 2012, 16, noot D. MERTENS.
540 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 8, nr. 10.
541 Zie *supra*, vn. 269.
542 Art. I.8 (versie boek XIV), 23° WER.
543 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 8, nr. 11.
544 GwH (BE) 15 december 2011, nr. 192/2011, *Arr.GwH* 2011, 3249, *BS* 7 maart 2012, 14194 (uittreksel), *Ius & Actores* 2012, 37, *JLMB* 2012, 83, *Jb.Markt.* 2011, 609 en *RW* 2013-14, 160 (samenvatting) en 9 juli 2013, nr. 99/2013, *BS* 16 september 2013 (ed. 2), 65570 (uittreksel), *JLMB* 2013, 1919 (samenvatting), noot M.R., *Jb.Markt.* 2013, 705, *NJW* 2013, 793, noot R. STEENNOT en *RW* 2013-14, 781 (samenvatting), noot.
545 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 8, nr. 11.
546 Art. XIV.1 WER.
547 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 7, nr. 9.
548 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 7, nr. 9 en 10, nr. 14.

toepasselijk. Hierbij moet worden gedacht aan een overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt, of tussen een arts en zijn patiënt. In alle andere gevallen is de leer inzake oneerlijke bedingen te vinden in boek VI.

173. **Relevantie van het toepasselijke boek. –** De vaststelling dat boek VI dan wel boek XIV van het Wetboek Economisch Recht toepasselijk is, maakt evenwel geen verschil uit voor de mate van werkelijke bescherming van de consument. Boek VI en XIV zijn immers inhoudelijk identiek. De artikelen VI.82 tot VI.87 komen dan ook bepaling na bepaling overeen met de artikelen XIV.49 tot XIV.54.[549] Het enige relevante verschil dat evenwel blijft bestaan, is de rechter bevoegd voor de stakingsvordering. Dit is met betrekking tot boek VI immers de voorzitter van de rechtbank van koophandel[550], terwijl bij zaken *ex* boek XIV de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg[551] bevoegd is.[552]

174. ***Ergo*: gelijkschakeling qua inhoud, niet qua vindplaats. –** Kortom, op vandaag is het onderscheid tussen de Belgische oneerlijkebedingenleer die van toepassing is op beoefenaars van een vrij beroep, en deze die van toepassing is op andere professionelen, inhoudelijk volledig weggewerkt. Een verdere vereenvoudiging op zowel formeel-technisch als procesrechtelijk vlak zou evenwel meer dan welkom zijn.[553] In de tussentijd valt het maar te hopen dat de wetgever bij eventuele aanpassingen in boek VI van het Wetboek Economisch Recht, niet uit het oog verliest dat die aanpassingen in boek XIV dienen te worden gereproduceerd.

175. **De vrije beroeper in Italië. –** Ook in de Italiaanse rechtsorde dringt een kanttekening over de beoefenaars van vrije beroepen zich op.[554] Zoals uiteengezet *supra*, in randnummer 58 zijn er thans vijf alternatieve criteria om uit te maken of een bepaalde persoon een professioneel is, in de zin van (het toepassingsgebied van) de Codice del consumo. Met betrekking tot die maatstaven werden hierboven reeds twee bemerkingen geschetst. Een derde merkwaardigheid betreft evenwel het eerste en vierde criterium. De vermelding van zowel (1) *attività imprenditoriali* (ondernemersactiviteiten) als (4) *attività professionali* (professionele activiteiten) zou aan de Belgische jurist kunnen overkomen als een tautologie. Bevat het adjectief *professioneel* (ofte: *beroepsmatig*) immers niet ook al wat betrekking heeft op ondernemerschap?

176. **De Codice civile. –** Waar dit in het Frans inderdaad zo blijkt te zijn[555], is dit in de Italiaanse rechtsorde evenwel niet het geval. De Codice civile maakt in haar vierde boek "*Del lavoro*" ("Over de arbeid") immers het onderscheid tussen enerzijds allerhande

[549] Hierop zijn slechts twee onbeduidende uitzonderingen. Met name werd vooreerst het woord "onderneming" telkens vervangen door "beoefenaar van een vrij beroep". Daarnaast werd de bevoegdheidsdelegatie aan de Koning met betrekking tot de samenstelling van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen slechts eenmaal opgenomen.
[550] Art. XVII.1, eerste lid WER.
[551] Art. XVII.1, tweede lid WER.
[552] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 9-10, nr. 13.
[553] In dezelfde zin: E. PIETERS *et al.*, *CDE: Survol*, 345-346, nr. 41; R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 10, nr. 14.
[554] Zie ook *supra*, nr. 044.
[555] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 30, vn. 44.

imprenditori (ondernemers)[556], en anderzijds de uitoefening van *professioni intellettuali* (intellectuele beroepen)[557]. Ondernemers worden met name gedefinieerd als iedereen die beroepshalve een economische activiteit uitoefent, die bestaat in *de productie of ruil van goederen of diensten*.[558] De beoefenaars van *professioni intellettuali* daarentegen, gemeenzaam ook *liberi professionisti* (vrije beroepers) genoemd, worden door de wet niet omschreven, maar uit de rechtspraak blijkt dat het gaat om advocaten[559], artsen[560], ingenieurs en architecten[561] en dergelijke meer.

177. **Professionista. –** Aldus koos de Italiaanse wetgever er voor, bij de invoering van de normgeving met communautaire stempel – die geen onderscheid maakt tussen vrije beroepers en andere professionelen[562] en een uit het Frans vertaalde notie gebruikt om de professionele medecontractant aan te duiden[563] – om het begrip *professionista* een nieuwe, ruimere betekenis te geven, specifiek in het consumentencontentieux.[564] Dit begrip komt naast de gelijkaardige begrippen uit de Codice civile te staan.

178. ***Ergo*: vrije beroepers zijn professionelen. –** Concluderend kan dus worden samengevat dat zowel België als Italië een zekere mate van strubbelingen hebben gekend voor wat betreft de toepasbaarheid van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen op de vrije beroepers. Beide rechtsstelsels lijken zich op heden evenwel te hebben geconformeerd naar een communautair begrip van de professionele medecontractant van de consument, die ontegensprekelijk geen plaats laat voor afwijkingen ten voordele van beoefenaars van vrije beroepen. De professioneel,

> [è], *in breve, chiunque operi professionalmente sul mercato: il più delle volte un'impresa (individuale o in forma di società); ma anche un libero professionista.* „[565]

Het valt evenwel te betreuren dat de Belgische wetgever, ondanks de inhoudelijke opheffing van het onderscheid tussen vrije beroepers en andere professionelen, er toch in geslaagd is met het nieuwe Wetboek Economisch Recht het formele en procedurele onderscheid te behouden, en daarmee de studie van dit onderwerp volstrekt onnodig bemoeilijkt.[566]

[556] Titel II van boek V (art. 2082 t.e.m. 2221) c.c.
[557] Hoofdstuk II van titel III van boek V (art. 2229 t.e.m. 2238) c.c.
[558] Art. 2082 c.c.
[559] Bv. Cass. (IT) 24 januari 2014, n. 1464.
[560] Bv. Cass. (IT) 13 januari 2015, n. 278.
[561] Bv. Cass. (IT) 29 november 2007, n. 24922.
[562] Zie *supra*, nr. 166.
[563] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 30, vn. 44.
[564] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 8.3; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 31, nr. 6; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 33; E. PIRO, *Tutela*, 23.
[565] "[*i*]*s, in het kort, iedereen die beroepshalve op de markt werkt; het vaakst een onderneming (individueel of in de vorm van een vennootschap); maar ook een vrije beroeper*." V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 1. Haakjes overgenomen uit de bron.
[566] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 9-10, nr. 13-14.

4.2.1.2.2. AANBIEDERS VAN PUBLIEKE DIENSTEN

179. **Publiekrechtelijke beroepsactiviteit. –** Een andere categorie professionelen die bijzondere aandacht vereist, zijn de aanbieders van publieke diensten.[567] In dat verband wordt er met name gewezen op artikel 2, c) van de Richtlijn, dat ook "iedere (…) persoon die (…) handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke (…) beroepsactiviteit" in beginsel onder het toepassingsgebied van de Richtlijn brengt, en op considerans 14, dat stelt dat de Richtlijn "ook van toepassing is op beroepsactiviteiten met een openbaar karakter". Ook deze materie heeft al veel inkt doen vloeien. In wat volgt, wordt dan ook getracht te volstaan met een overzicht van de vaststellingen met betrekking tot dit thema.

4.2.1.2.2.1. UITSLUITINGEN UIT HET MATERIËLE TOEPASSINGSGEBIED

180. **Dubbele inperking. –** Er wordt gesteld dat de toepasbaarheid van de Richtlijn op *personen die handelen in het kader van een publiekrechtelijke beroepsactiviteit* op twee manieren wordt ingeperkt. Enerzijds kan de Richtlijn enkel toepasselijk zijn, wanneer een consument een contractuele relatie heeft met een dergelijke publiekrechtelijke professioneel.[568] Anderzijds worden bedingen waarin *dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen uit internationale overeenkomsten* worden overgenomen, algemeen uitgesloten van het toepassingsveld.[569] Beide uitsluitingen kwamen reeds aan bod *supra*, bij de bespreking van het materiële toepassingsgebied van de bescherming uit de Richtlijn.

181. **Overeenkomst. –** Wat betreft de eerste voorwaarde, de vereiste van een contractuele relatie, kan worden verwezen naar wat *supra* reeds werd vermeld met betrekking tot het vaststellen van een Europese notie van overeenkomsten.[570] Specifiek met betrekking tot de verhouding tussen een consument en een aanbieder van een publieke dienst, zal het er dus op aankomen uit te maken of er in een concrete situatie sprake is van een overeenkomst, dan wel een reglement. Enkel immers indien de relatie als contractrechtelijk wordt gekwalificeerd, is de Richtlijn van toepassing.

182. **Definitie 'overeenkomst' *versus* bestaan van overeenkomst. –** Er wordt in herinnering gebracht dat hierboven werd besloten dat een Europeesrechtelijke definitie van *een overeenkomst* een noodzakelijke voorwaarde is, om een geharmoniseerd toepassingsgebied van de Richtlijn te bewerkstelligen.[571] Aan dit gegeven wordt evenwel geen afbreuk gedaan door het feit dat de beslissing om het verstrekken van een welbepaalde dienst door een publiekrechtelijke professioneel aan consumenten, te regelen bij reglement of overeenkomst, een kwestie van intern recht van de lidstaten uitmaakt. Anders geformuleerd: het is – in een eerste fase – aan de communautaire rechtsorde om het begrip *overeenkomst* te definiëren voor de toepassing van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen (*ex ante* door de Europese wetgever, dan wel *a posteriori*, door het Hof van

[567] INC, *Prestations de service public*, 13; P. NEBBIA, *Study*, 95.
[568] Art. 3.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[569] Art. 1.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[570] Zie *supra*, nr. 087 t.e.m. 091.
[571] Zie *supra*, nr. 088.

Justitie); pas in een volgende fase komt het vervolgens toe aan het nationale recht van de lidstaten om uit te maken of de verhouding tussen een publiekrechtelijke professioneel en een consument dient te worden beheerst door een reglement of overeenkomst. Enkel in dat laatste geval zou de Richtlijn in beginsel toepassing vinden. Evenwel moet hierbij rekening worden gehouden met het gegeven dat de Commissie verklaarde dat aan de toepasselijkheid van de oneerlijkebedingenleer niet te ontsnappen valt door het enkele feit dat diensten in een reglementair kader werden verstrekt; via een ruime (oneigenlijke) interpretatie van het begrip *overeenkomst* is de Richtlijn dus toch van toepassing.[572] Niettemin blijkt de effectieve handhaving van dit leerstuk in de publieke sector op menig hinderpaal te stoten.[573]

183. **Dwingende bepalingen. –** De tweede voorwaarde is negatief geformuleerd, en houdt in dat bedingen die *dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen* overnemen, niet kunnen worden getoetst op grond van de Richtlijn. Opnieuw past het te verwijzen naar wat hieromtrent reeds werd besproken.[574] Met name werd deze uitzondering op het toepassingsgebied in België niet en Italië wél overgenomen in het interne recht. Daaruit kon evenwel niet worden besloten dat bedingen die wettelijke of reglementaire bepalingen overnemen, te allen tijde kunnen worden getoetst door de burgerlijke rechter. Algemene rechtsbeginselen staan daar immers aan in de weg.

4.2.1.2.2.2. PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED IN BELGIË EN ITALIË

184. **Nationaal recht. –** Na de bespreking van de twee specifieke uitsluitingen, dringt een algemene behandeling zich op met betrekking tot de vraag of de professioneel in het Belgische en Italiaanse recht in beginsel ook *aanbieders van publieke diensten – i.e.* overheden – omvat.

185. **Ter vergelijking: Frankrijk. –** Hier past het een korte blik op Frankrijk te werpen. In het Franse rechtsstelsel wordt de figuur van de professioneel in het consumentenrecht niet gedefinieerd. Het blijkt ook te worden aanvaard dat administratieve overheden weldegelijk onder die notie kunnen worden gesitueerd.[575] Evenwel vereist een compleet begrip van de regeling van de verhouding tussen consumenten en overheden in de Franse rechtsorde twee extra verduidelijkingen. Vooreerst valt op dat gebruikers van publieke diensten vaak niet in een contractuele relatie treden met verstrekkers van die diensten, doch wel worden onderworpen aan *cahiers des charges*.[576] Dit zijn reglementaire bepalingen, uitgevaardigd door een overheid, teneinde dit soort rechtsverhoudingen te regelen. Ten tweede kent het Franse recht een erg verregaande doortrekking van het beginsel van de scheiding der machten. Met name wordt in Frankijk – in tegenstelling tot in België[577] – aanvaard dat de (organieke) rechterlijke macht geen oordeel kan vellen over

[572] H. HALL, *Workshop 2 – Public Services*, 116.
[573] H. HALL, *Workshop 2 – Public Services*, 118-120 en COM(2000)248 def., 15.
[574] Zie *supra*, nr. 114 t.e.m. 125.
[575] P. NEBBIA, *Study*, 99.
[576] P. NEBBIA, *Study*, 99.
[577] Wij kennen immers de *exceptie van illegaliteit* uit art. 159 Gw. *Cf.* J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Publiekrecht*, 838-840, nr. 1249.

administratieve reglementen. Enkel de administratieve rechter is hiertoe bevoegd.[578] Het gevolg van beide vaststellingen, is dat er zich *naast* de bestaande leer der oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, ontwikkeld door de burgerlijke rechtspraak, een tweede serie *administratieve* rechtspraak over oneerlijke bedingen kan ontwikkelen, specifiek voor overeenkomsten waarin de overheid als professioneel is betrokken.[579]

186. **België. –** Van zo'n situatie is in het Belgische en Italiaanse recht evenwel geen sprake. Reeds sinds de Wet Handelspraktijken worden aanbieders van publieke diensten in onze rechtsorde geacht ook professionelen te zijn.[580] De definitie van de professioneel (*verkoper*) stelde in die wet van 1991 zelfs uitdrukkelijk dat ook overheidsinstellingen die economische activiteiten ontwikkelden en "[goederen] of diensten te koop aanb[o]den" onder die notie vielen.[581] Een arrest uit 2005, waarin het Arbitragehof te kennen geeft dat de notie van de professioneel in de leer der oneerlijke bedingen in een grondwetsconforme lezing ook de NMBS insluit, bevestigt die stelling.[582] Met betrekking tot de Wet Markpraktijken was ook het Hof van Cassatie van oordeel dat de overheidsbedrijven (*in casu* wederom de NMBS) als professionelen konden worden gekwalificeerd.[583] Verder lijkt de huidige definitie in het Wetboek Economisch Recht[584] overheden evenmin van het toepassingsgebied uit te sluiten. Publiekrechtelijke ondernemingen vallen dus nog steeds onder de notie.

187. **Italië. –** De Italiaanse definitie van de professioneel vermeldt evenmin iets over publieke personen, zodat

> **"** [*n*]*el silenzio della legge gli interpreti hanno riconosciuto la qualità di professionista anche alla Pubblica Amministrazione qualora concluda contratti con i consumatori.* **„**[585]

Dit argument *a contrario* wordt overigens versterkt doordat in het leerstuk over de consumentenkoop wel uitdrukkelijk wordt vermeld dat ook publieke personen onder de professionele notie vallen.[586] Tot slot valt overigens te vermelden dat een gelijkaardige discussie zich in Italië ook voordeed met betrekking tot de bedingen opgesomd in de

[578] Tribunal des conflits (FR) 16 juni 1923, *D.* 1924, afl. 3, 41. INC, *Prestations de service public*, 110; P. NEBBIA, *Study*, 99.
[579] Zie, over dit thema, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 15.
[580] INC, *Prestations de service public*, 99.
[581] Art. 1.6, b) WHPC.
[582] Arbitragehof (BE) 26 oktober 2005, nr. 159/2005, *APM* 2005, 204 (samenvatting), *AA* 2005, 2031, *BS* 11 januari 2006, 2068 (uittreksel), *Bb&b* 2005, 341, *DCCR* 2006, 49, noot R. STEENNOT, *JT* 2006, 43, *Jb.Markt.* 2005, 318, *JLMB* 2006, 496, *NJW* 2006, 216, *RW* 2005-06, 678 en 2006-07, 442 (samenvatting) en *TBH* 2006, 208, noot A. PUTTEMANS.
[583] Cass. (BE) 6 mei 2014, nr. P.13.1291.N.
[584] Art. I.1, 1° WER. Zie *supra*, nr. 149.
[585] "[*b*]*ij het stilzwijgen van de wet, hebben de commentatoren* [d.w.z.: de rechtsleer en rechtspraak] *de hoedanigheid van professioneel ook toegekend aan de overheid, in de gevallen waarin zij overeenkomsten sluit met consumenten.*" A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 30, nr. 6. In dezelfde zin, M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 15; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 34.
[586] Art. 128, tweede lid, b) cod.cons.

('oude') lijst van de Codice civile. Thans lijkt het pleit ook op dat punt te zijn beslecht in het voordeel van de toepasbaarheid van die regels op publieke overheden.[587]

188. **Besluit. –** Kortom, zowel naar Belgisch, als naar Italiaans recht, zijn overheden aan te merken als professionelen en dienen zij zich in beginsel te conformeren naar de leer inzake oneerlijke bedingen. Of in een concreet geval de rechterlijke vaststelling van het oneerlijk karakter van een beding doorgang kan vinden, hangt evenwel af van de aan- of afwezigheid van een overeenkomst, alsook van het bestaan van andere normen, die veeleer van publiekrechtelijke aard zullen zijn. In Italië moet er verder nog rekening worden gehouden met de uitsluiting van bedingen die wettelijke bepalingen overnemen.

4.2.2. DE CONSUMENT

189. **Centrale figuur. –** Thans komen we bij de spilfiguur van de beschermingsregeling: de consument[588], een hoedanigheid die *de facto* automatisch aan ieder mens toekomt, aangezien elke natuurlijke persoon privébehoeften heeft die door economische transacties worden ingelost[589].

190. **Geschiedenis. –** De consument maakt voor het eerst officieel zijn intrede in het primaire recht van de Europese Unie met het Verdrag van Maastricht uit 1992.[590] Pas vanaf dan wordt consumentenbescherming een officiële doelstelling van de communautaire politiek.[591] Reeds voorheen was de figuur van de consument evenwel al een bekende in het communautaire acquis.[592] Evenwel wordt hierna uiteraard enkel ingegaan op de omschrijving van de consument als contractpartij bij een overeenkomst die onderworpen is aan de bescherming gegrond op de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

191. **Definitie in de Richtlijn. –** Die Richtlijn definieert de consument als "iedere natuurlijke persoon die bij onder [de Richtlijn] vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen". De Europese normgever heeft aldus gekozen voor een *negatief* criterium[593]: de afwezigheid van enig professioneel

[587] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 13.
[588] Over de terminologie, zie wederom *supra*, nr. 036 t.e.m. 041.
[589] L. AYNÈS, "Le consommateur. Rapport de synthèse" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, (11) 12, nr. 1.
[590] Art. G.D, 38) verdrag van Maastricht betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992.
[591] Zie art. 169 VWEU (oud art. 129A EG-Verdrag). A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 2-3, vn. 6.
[592] De voorbeelden van EU-consumentenbescherming zijn legio. Zo kan worden gedacht aan Richtl.Raad 19 juni 1979, nr. 79/581/EEG inzake de bescherming van de consument op het gebied van de prijsaanduiding van levensmiddelen, *Pb.L* 26 juni 1979, afl. 158, 19, Richtl.Raad 3 mei 1988, nr. 88/378/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake de veiligheid van speelgoed, *Pb.L* 16 juli 1988, afl. 187, 1 en Richtl.Raad 13 november 1989, nr. 89/622/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake de etikettering van tabaksprodukten, *Pb.L* 8 december 1989, afl. 359, 1. Er zijn echter nog talrijke andere instrumenten.
[593] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 23, nr. 4.

doeleinde bij een natuurlijke persoon, brengt met zich mee dat die persoon als consument valt te kwalificeren.

192. **Een consument is nooit een professioneel en *vice versa*. –** Bij die laatste vaststelling wordt herinnerd aan de reeds aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de relatie tussen de begrippen ter aanduiding van de professionele contractpartij en de consument.[594] Met name oordeelde de Europese rechter dat beide begrippen elkaar uitsluiten. Is kortom te kwalificeren als consument: elke persoon die geen professioneel is.

4.2.2.1. OMZETTING IN DE NATIONALE RECHTSORDES

193. **Tegelijkertijd consument en professioneel. –** Waar de Europese rechtspraak de consument en de professioneel als onderling tegengestelde figuren kwalificeert, hoeft dit nochtans niet per se het geval te zijn in de verschillende nationale rechtsordes van de lidstaten. Het valt immers niet uit te sluiten dat nationale wetgevers ook welbepaalde professionelen, zoals kleine ondernemingen, eveneens willen beschermen tegen het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met (andere) professionelen.

194. **Communautaire geoorloofdheid van uitbreiding. –** Dat dit Europeesrechtelijk geen probleem oplevert, is dit keer niet[595] het gevolg van het gegeven dat de Richtlijn slechts minimumharmonisatie[596] nastreeft. Immers, het is net enkel aan de figuur van de consument dat vanuit de Europese rechtsorde bescherming werd toegekend.[597] Of lidstaten ook een gelijkaardige bescherming mogen aanbieden aan niet-consumenten, en of zij met andere woorden het toepassingsgebied van de beschermingsregeling mogen uitbreiden, hangt daarentegen af van de vraag of de nationale wetgever nog normerend kan optreden in dat (verbrede) toepassingsgebied.[598]

195. **Toepassingsgebied al geregeld door de Europese normgever? –** Het komt er met andere woorden op aan te bepalen of de Europese normgever al in die mate heeft opgetreden in het toepassingsveld waarnaar de nationale wetgever de bescherming wil uitbreiden, zodat die nationale wetgever daar geen beleidsopties heeft.[599]

196. **Uitbreiding van het toepassingsgebied is geoorloofd. –** Zulks blijkt *in casu* evenwel niet het geval. Het toepassingsgebied van de Richtlijn is immers dubbel (*ratione materiae* en *ratione personae*)[600] beperkt. Buiten de bescherming van *de consument* tegen *oneerlijke niet-onderhandelde bedingen* in *overeenkomsten* met een *professioneel* heeft de Europese wetgever nog niet normgevend opgetreden. Er kan aldus worden besloten dat, zolang de nationale wetgever de principes die aan de Europese Unie ten grondslag

[594] Zie *supra*, nr. 146.
[595] Zie o.a. *supra*, nr. 098 t.e.m. 100 en 134.
[596] Art. 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[597] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 61, nr. 78.
[598] P. NEBBIA, *Study*, 88.
[599] P. NEBBIA, *Study*, 88-89.
[600] Zie *supra*, nr. 081.

liggen, respecteert[601], het aan die wetgever weldegelijk toegestaan is het toepassingsgebied van de bescherming uit te breiden.[602]

197. **Overzicht. –** In wat volgt wordt een blik geworpen op de omzettingswerkzaamheden en evoluties in de nationale wetgeving van België en Italië. Ook Frankrijk, Engeland, Nederland en Duitsland werden hieronder aan het lijstje toegevoegd, omdat het consumentenbegrip in die landen gekenmerkt wordt door een aantal interessante ontwikkelingen.[603]

4.2.2.1.1. FRANKRIJK

198. ***Non-professionnels*. –** Aan de roep van bepaalde 'niet-consumenten' om ook van de bescherming tegen oneerlijke bedingen te genieten, is gehoor gegeven in Frankrijk.[604] De Code de la consommation leest in het eerste lid van haar artikel L. 132-1 immers dat oneerlijke bedingen kunnen worden gevonden in "*les contrats conclus entre professionnels et* non-professionnels *ou consommateurs*"[605]. Zo die Franse wettekst in Europeesrechtelijke zin zou worden geïnterpreteerd, dan zou hier sprake zijn van een tautologie. De Franse rechtsorde kent dus een bijkomende figuur, naast de consument en de professioneel, met name de niet-professioneel.[606] Een andere visie is (was) dat "*non-professionnels ou consommateurs*" daarentegen toch moet worden gelezen als: "niet-professionelen, ofte: de consumenten", en dus als een omschrijving van *consommateurs* als "*non-professionnels*", althans voor de bepalingen inzake oneerlijke bedingen.[607] In die optiek vindt de communautaire rechtspraak die stelt dat de hoedanigheid van professioneel en consument elkaar uitsluiten net bevestiging.

199. **Geschiedenis. –** Historisch is het toekennen van bescherming aan de niet-professioneel te verklaren door de Franse cassatierechtspraak die in een eerste fase een erg ruime interpretatie toekende aan de notie *consommateur*[608], om dan later het begrip

[601] Zie *supra*, nr. 098.
[602] P. NEBBIA, *Study*, 91; N. REICH en H.W. MICKLITZ, "Economic law, Consumer interests, and EU Integration" in N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT en K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge - Antwerpen - Portland, Intersentia, 2014, (1) (hierna: N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Economic law*) 50, nr. 1.37(2).
[603] Over het consumentenbegrip in de verschillende lidstaten, zie H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 671-688.
[604] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 19-24.
[605] Eigen cursivering.
[606] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 62, nr. 78; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 26-27, nr. 5; P. NEBBIA, *Study*, 78.
[607] E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 441, nr. 1036; G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, nr. 17. Zie ook K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 89-92.
[608] Ook de professioneel viel onder die definitie, wanneer hij handelingen stelde die niet tot zijn specialiteit behoorden. Zie ook *supra*, nr. 056. Een scherpe kritiek hierop is van de hand van A. SINAY-CYTERMANN, "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, (241) 259-264, nr. 31-38.

zeer te verengen[609], waarna de wetgever is tussengekomen. Het zou echter deze verhandeling te buiten gaan hier nader op in te gaan.

200. **Definitie van de *consommateur*. –** Hoe dan ook werd de afwezigheid van – nochtans zeer belangrijke – definities van *professionnel*, *non-professionnel* en *consommateur*[610] door de rechtsleer gehekeld wegens de grote onzekerheid inzake het toepassingsgebied van de beschermingsregeling die dit teweegbracht.[611] Bij de omzetting van de Richtlijn Consumentenrechten in 2014[612] werd ten langen leste een definitie van de consument ingevoerd in de Code de la consommation.[613] Het *article préliminaire* neemt nu met name de definitie uit die richtlijn woordelijk over.[614]

201. **Geen definitie van (*non-*)*professionnel*. –** Ten gevolge van de invoering van een algemene definitie van de consument, is de hierboven aangehaalde lezing van artikel L. 132-1 die stelt dat consumenten en niet-professionelen synoniemen zijn, niet langer houdbaar. *Le consommateur* heeft nu immers een andere definitie.[615] De professioneel en de niet-professioneel blijven daarentegen ongedefinieerd, wat de rechtsleer doet besluiten dat de ingreep van de wetgever verre van verhelderende effecten zal teweegbrengen.[616]

4.2.2.1.2. BELGIË EN ITALIË

202. **Wetshistoriek in België. –** De consumentennotie is in de Belgische rechtsorde al aan enige verandering onderhevig geweest. In de Wet Handelspraktijken[617] en de Wet Marktpraktijken[618] werd de consument van 1991 tot 2013 gedefinieerd als een persoon[619] die "uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt". Sedert het Wetboek Economisch Recht luidt de omschrijving van de consument evenwel als "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen".[620]

203. **Recentste definitie in België. –** Met de nieuwe definitie heeft onze wetgever willen aansluiten bij de omschrijving die wordt gebruikt in de Richtlijn Consumentenrechten.[621]

---

609 Zie, voor een kort historisch overzicht van de evolutie van die notie, I. DEMUYNCK, *Thesis*, 33; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 19-24.
610 K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 88-89.
611 O.a. G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, nr. 16.
612 Loi (FR) 17 maart 2014, nº 2014-344 'relative à la consommation', *JO* 18 maart 2014.
613 Art. *préliminaire* C.consomm., ingevoerd door art. 3 loi (FR) 17 maart 2014, nº 2014-344 'relative à la consommation', *JO* 18 maart 2014.
614 G. RAYMOND, "Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014", *CCC* 2014, dossier 3 (hierna: G. RAYMOND, *Définition*), nr. 1; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 25-27.
615 G. RAYMOND, *Définition*.
616 J. JULIEN, "Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation", *CCC* 2014, afl. 5, dossier 2, nr. 2; G. RAYMOND, *Définition*, nr. 10-15.
617 Art. 1, eerste lid, 7 WHPC.
618 Art. 2, 3° WMPC.
619 Over de mogelijkheid om rechtspersonen te kwalificeren als consumenten, zie *infra*, nr. 251 t.e.m. 256.
620 Art. I.1, 2° WER.
621 R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 7, nr. 5.

Twee verschillen verdienen de aandacht: Er is niet langer vereist (1) dat *uitsluitend* voor niet-professionele doeleinden wordt gehandeld, noch (2) dat goederen of diensten worden *verworven*.[622] Beide komen hieronder aan bod in de passende afdeling.

204. **Omschrijving van de doeleinden. –** Een bijkomende opmerking is dat het negatief criterium van de professionele doeleinden nu licht anders wordt omschreven. De "niet-bedrijfsmatige" doeleinden werden geherformuleerd als doeleinden die "buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen". In Italië gebeurde hetzelfde: aan de "*scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*"[623] werden de "*attività commerciali e artigianali*" (commerciële en ambachtsactiviteiten) toegevoegd.[624] De *ratio* van deze wetswijzigingen is duidelijk: de nationale wetgever volgt hier kennelijk de terminologische grillen van de Europese normgever.[625] In beide lidstaten valt evenwel te verwachten dat deze wijziging van de omschrijving weinig of geen gevolgen met zich zal meebrengen. De vroegere formuleringen waren immers al breed genoeg om de nieuw toegevoegde categorieën te incorporeren.[626]

205. **Codice civile. –** Opnieuw past het om, met betrekking tot de Italiaanse rechtsorde, de tweedeling in de leer ter bescherming tegen oneerlijke bedingen in herinnering te brengen. In de oude (formele) bescherming in de Codice civile[627] wordt niet gerefereerd naar de hoedanigheid van partijen. De toepasbaarheid van die regels wordt kortom louter *ratione materiae* bepaald: ook standaardovereenkomsten opgedrongen aan professionelen vallen onder het regime.[628] De notie van de consument is dan ook van geen belang voor dat beschermingsstelsel. *Vice versa* betekent dit ook dat de rechter de regels uit het burgerlijk wetboek niet mag toepassen als de overeenkomst bijvoorbeeld niet eenzijdig werd opgesteld, al bevindt de benadeelde partij zich kennelijk in een zwakkere situatie.[629]

206. **Codice del consumo. –** Voor de toepassing van de regels uit de Codice del consumo is de hoedanigheid van consument uiteraard wel bepalend. Het derde artikel van die wet definieert de consument dan ook als volgt:

> **"** *Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per:*

[622] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 4-5, nr. 5.
[623] "*doeleinden vreemd aan de eventueel verrichte ondernemers- of professionele activiteit*". Art. 3, eerste lid, c) (oud) cod.cons.
[624] Art. 3, eerste lid, c) cod.cons, sedert decreto legislativo (IT) 23 oktober 2007, n. 221 'disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229', *GU* 29 november 2007, n. 278.
[625] Zie ook *supra*, vn. 516 t.e.m. 520.
[626] Zie bv. R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 2 en 3.
[627] Art. 1341-42 c.c.
[628] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 4-5; P. NEBBIA, *Study*, 39. *Cf.* segnalazione (rapport) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sul schema di decreto recante il "Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori - Codice del consumo", 10 mei 2005, nr. AS299, http://www.agcm.it/segnalazioni/, 1.
[629] Cass. (IT) 27 april 1991, n. 46831. Het betrof *in casu* een overeenkomst die door een notaris (en dus niet unilateraal) was opgesteld.

> *a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*[.] **„**[630]

207. **Opmerkingen. –** Naast wat reeds *supra* werd opgemerkt, alsook wat hieronder nog aan bod komt vanuit Europeesrechtelijk perspectief, behoeft deze definitie twee bemerkingen. Vooreerst is er het woord *utente* (gebruiker). Daarnaast is de definitie van toepassing *ove non diversamente previsto* (voor zover niet anders is bepaald).

208. **Betekenis van *utente* (gebruiker). –** Enige onduidelijkheid is er met name ten eerste over de bedoeling van de wetgever om de begrippen *consumatore* (consument) en *utente* (gebruiker) identiek, zelfs in één en dezelfde wetsbepaling, te definiëren. Eén strekking oppert dat *utente* duidt op de gebruiker van publieke diensten. In die optiek slaan de bepalingen waarin enkel de *consumatore* wordt genoemd, bijgevolg niet op overeenkomsten betreffende publieke diensten. Ter staving van die stelling wordt aangebracht dat de enige bepaling waarin het toepassingsgebied louter door het begrip *utente* (en niet ook door *consumatore*) wordt bepaald[631], net betrekking heeft op publieke diensten. De meerderheidsstrekking ziet dit evenwel anders: het gebruik van de twee synoniemen zou louter taalkundig van aard zijn. Het woord *consumatore* (consument, verbruiker) houdt immers verwantschap met *verbruiken*, en dus met goederen, terwijl de notie *utente* (gebruiker) terminologisch beter lijkt te passen bij diensten. Het feit dat dan ook enkel de *utente* wordt vermeld bij publieke *diensten* ondersteunt die these.[632] Daarnaast komt het voor dat een verregaande toepasbaarheid van de normen op publieke diensten ook in lijn ligt met het communautaire gedachtegoed.[633]

209. **Behoudens andersluidende bepaling. –** Ten tweede behoeft het ook vermelding dat de aangehaalde definitie van de consument slechts geldt behoudens andersluidende bepaling. De Codice del consumo verbreedt de notie van de beschermde persoon immers voor de toepassing van sommige normen.[634] Zulks is bijvoorbeeld het geval voor de informatieplichten, waar "alle natuurlijke personen jegens wie de commerciële informatie is gericht" evenzeer onder het toepassingsgebied worden geschoven[635], alsook inzake marktpraktijken en reclame[636].

210. **Gelijkaardig consumentenbegrip. –** Al bij al kan evenwel worden gesteld dat de Belgische en Italiaanse definitie van de consument veel gelijkenissen vertonen. Daar

---

630 "*Voor de doeleinden van dit wetboek, en voor zover niet anders bepaald, wordt begrepen onder:*
a) consument of gebruiker: de natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden vreemd aan de eventueel verrichte ondernemers-, commerciële, ambachts- of professionele activiteit[.]"
631 Dit is m.n. art. 101 cod.cons.
632 A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 16-17; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 36-37.
633 Zie over publieke diensten, *supra*, nr. 179 e.v.
634 A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 17-18; A. PALMIERI, "Arriva il Codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii ed innovazioni", *Foro it.* 2006, V, (77) (hierna: A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo*), nr. 3.
635 Art. 5, a) cod.cons.
636 Art. 18, a) cod.cons.

komt uiteraard nog bij dat beide rechtsordes het consumentenbegrip interpreteren aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarover meer *infra*.

4.2.2.1.3. ENGELAND

211. **Tweesporenbeleid. –** Met betrekking tot Engeland past het hier te volstaan met het synthetiseren van de bevindingen van P. NEBBIA.[637] Met name wordt het Engelse recht inzake oneerlijke bedingen gekenmerkt door een tweesporenbeleid op het vlak van de notie van de beschermde partij.

212. **UTCA *versus* UTCCR. –** Enerzijds is er de leer die gegrond is op de Act uit 1977.[638] Daar wordt een negatieve definitie gebruikt om de zwakke medecontractant te omschrijven[639], aangevuld door de rechtspraak. Bij het invoeren van de Regulations met Europese stempel[640] werd evenwel een andere omschrijving gegeven aan het toepassingsgebied. Hierdoor bestaan er tot op heden discrepanties in het toepassingsveld van beide instrumenten. Met name hebben de Regulations het vooreerst over iemand die "*is acting for purposes which are outside his trade, business or profession*"[641], waar de wet uit 1977 de consument op uitvoerige wijze omschrijft aan de hand van afwezigheid van "*the course of a business*". Ten tweede sluit de UCTA rechtspersonen niet uit van zijn toepassingsgebied[642], waar de UTCCR wel enkel natuurlijke personen viseert. Tot slot kent de regeling uit 1977 een vermoeden van de hoedanigheid van consument, terwijl de normen van communautaire komaf over de bewijslast in alle talen zwijgen.

213. ***Ergo*: geen uniform consumentenbegrip. –** Samengevat kan dus worden gesteld dat een uniform consumentenbegrip in het Engelse recht ontbreekt, en dat naargelang de afkomst van de regelgeving, de figuur van de consument anders wordt ingevuld.[643]

4.2.2.1.4. DUITSLAND EN NEDERLAND

214. **De *wederpartij*. –** Ook het Duitse en Nederlandse stelsel verdienen voorts kort de aandacht. Zoals bekend, vertrekken beide rechtsordes klassiek niet vanuit de notie van de consument, maar wel vanuit de figuur van de *wederpartij*.[644] Die persoon is met name de medecontractant van de *gebruiker* van de algemene voorwaarden, *i.e.* de persoon die die voorwaarden gebruikt bij het stellen van zijn economische activiteiten.

215. **Brede notie van de *wederpartij*. –** Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek definieert de wederpartij als volgt:

> **"** *degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding*

[637] P. NEBBIA, *Study*, 75-81.
[638] UCTA 1977.
[639] UCTA 1977, s 12 gewaagt van iemand die de overeenkomst niet sluit "*in the course of a business*".
[640] UTCCR 1999.
[641] UTCCR 1999, reg 3(1), tweede lid.
[642] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 63-64; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 363.
[643] R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 30.
[644] Zie *supra*, nr. 039.

van algemene voorwaarden heeft aanvaard. „[645]

Uit die brede omschrijving blijkt dat ook professionelen desgevallend als wederpartij kunnen worden gekwalificeerd[646], wat ruimer is dan het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen[647]. Een gelijkaardige vaststelling kan worden gemaakt met betrekking tot het Duitse recht.[648]

216. **Extra bescherming voor consumenten. –** In beide rechtsstelsels wordt evenwel een hogere bescherming toegekend indien de wederpartij een consument is. Samenvattend is het zo dat de open norm[649] van wat als oneerlijk beding kan worden aangemerkt, toepasselijk is op de algemene voorwaarden met *alle* wederpartijen, terwijl de lijsten[650] – althans in beginsel[651] – slechts toepasselijk zijn (in Nederland) op consumenten of (in Duitsland) op niet-professionelen.[652] Tevens raken in Nederland enkel de consumentenbeschermende bepalingen de openbare orde.[653]

217. **Conclusie. –** Aldus heeft de omschrijving van het consumentenbegrip in de Nederlandse en Duitse rechtsorde weldegelijk belang, zij het in ondergeschikte mate.

4.2.2.2. BESTEMMINGSCRITERIUM

218. **Twee mogelijke criteria. –** In het navolgende deel wordt nagegaan hoe de niet-professionele aard van de handelingen van een consument (en, aansluitend, de professionele aard van de handelingen van de professioneel) nu meer concreet moet worden vastgesteld. Twee mogelijke criteria dienen zich aan om dit uit te maken. Enerzijds is er het specialisatiecriterium, anderzijds het bestemmingscriterium.

219. **Bestemming of specialiteit. –** Het specialisatiecriterium stelt de aan- of afwezigheid van expertise over een welbepaald onderwerp in hoofde van een persoon centraal om uit te maken of iemand respectievelijk een professioneel of consument is. Aldus is er pas sprake van een professioneel in de oneerlijkebedingenleer, wanneer de overeenkomst een materie betreft die tot het technische kennisveld van de 'sterkere' partij behoort. Het bestemmingscriterium daarentegen hecht enkel belang aan de doelstelling van de contractpartij: handelt die daarbij voor particuliere of professionele doeleinden?[654]

220. **Relevantie. –** Het belang van de keuze van het criterium is niet te onderschatten. Voorbeelden die de kwalificatieverschillen illustreren zijn legio. Zo is de tuinman die zijn

[645] Art. 6:231, c NBW.
[646] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 16.
[647] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 339; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 5.
[648] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 16 en 35; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 339; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 5.
[649] Zie *infra*, nr. 328 e.v.
[650] Zie *infra*, nr. 355 e.v.
[651] Zie m.n., voor nuances: I. DEMUYNCK, *Thesis*, 34.
[652] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 16 en 34; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 84-85; P. NEBBIA, *Study*, 25 en 35.
[653] D. DANKERS-HAGENAARS en M. LOOS, "Les contrats du consommateur aux Pays-Bas" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, (183) 185, nr. 4.
[654] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 23, nr. 22; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 39.

(louter voor zijn beroep gebruikte) vrachtwagen laat herstellen onder de specialisatieleer geen professioneel, maar is hij dit wel in de bestemmingsleer. Daarentegen is de zelfstandige banketbakker die bloem koopt in de supermarkt om thuis een taart voor eigen gebruik mee te bakken respectievelijk wel en geen professioneel.

221. **Bestemmingscriterium in Frankrijk. –** Op vandaag is het *de iure condito* onbetwist dat in het communautaire consumentenacquis de bestemmingsleer doorgang vindt.[655] Nochtans werd dit punt in het verleden in de verschillende lidstaten fel bediscussieerd. Het Franse Cassatiehof was vroeger bijvoorbeeld het specialisatiecriterium genegen.[656] Een beroepsactieve persoon werd in die optiek dan ook enkel de hoedanigheid van professioneel aangemeten in het consumentenrecht, wanneer die persoon handelde binnen een activiteit die tot zijn vakgebied behoorde.[657] Handelde hij daarbuiten, dan was hij een *non-professionnel*.[658] Onder invloed van het communautaire consumentenrecht is die visie evenwel weggeëbd. Sinds de jaren '90 laat ook de Franse rechtspraak zich met name leiden door de bestemmingsleer.[659] De invoering van een wettelijke consumentendefinitie met Europese stempel heeft die leer tot slot verankerd.[660]

222. **Bestemmingscriterium in België en Italië. –** Ook in België[661] en Italië[662] is de toepassing van het bestemmingscriterium ondertussen een uitgemaakte zaak. Naast de hieronder vermelde argumenten van supranationale strekking, kent het Italiaanse recht nog een extra tekstuele grond in die richting. De wettelijke definitie van de professioneel liet immers uitschijnen dat specifieke competentie in een bepaald veld bepalend was voor de hoedanigheid van professioneel.[663] Gelet op het gegeven dat consument en professioneel elkaar uitsluitende begrippen zijn[664], werd hierin door sommige rechtsleer dus ook een argument *pro* specialisatiecriterium voor de consument gelezen. De definitie van professioneel luidt vandaag evenwel anders in Italië. Thans volstaat het dat hij

655 P. NEBBIA, *Study*, 71; R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007 (hierna: R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek handelspraktijken*), 10-11, nr. 14.
656 P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 62, nr. 78; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 26-27, nr. 5; P. NEBBIA, *Study*, 75 en 78.
657 Cass. (FR) 1re civ. 28 april 1987, *D.* 1987, 45 (samenvatting), noot J.-L. Aubert, *D.* 1988, 1, noot Delebecque, *JCP G* 1977, afl. II, 20893, noot Paisant, *RTD civ.* 1987, 537, noot J. Mestre, 25 mei 1992, *CCC* 1992, nr. 124, 6 januari 1993, *CCC* 1993, nr. 62 en 20 oktober 1992, *CCC* 1993, nr. 21. G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, nr. 13.
658 Zie *supra*, nr. 198.
659 I. DEMUYNCK, *Thesis*, 33; P. NEBBIA, *Study*, 73; G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, nr. 13.
660 G. RAYMOND, *Définition*, nr. 8.
661 P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 23, nr. 22 en 57, nr. 68; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 20 en 57; R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 11; R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek handelspraktijken*, 10, nr. 14. Zie bv. Kh. Hasselt 29 oktober 1997, *Jb.Hand.* 1997, 226.
662 C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*, 134; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 28-29, nr. 5; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 39; E. PIRO, *Tutela*, 21. Zie bv. Cass. (IT) 8 juni 2007, n. 13377.
663 Zie *supra*, nr. 155 t.e.m. 159.
664 Zie *supra*, nr. 146.

handelt in de uitoefening van een beroepsactiviteit. Bijgevolg verdween met de oude omschrijving van de professioneel, ook het argument *pro* het specialisatiecriterium.[665] Dit is al te zeer het geval nu de definitie van de consument uitdrukkelijk gewag maakt van *scopi* (doelstellingen).

223. **Arrest Dietzinger: bestemmingscriterium. –** De toepasselijkheid van het bestemmingscriterium op het communautaire leerstuk inzake oneerlijke bedingen wordt afgeleid uit het arrest Dietzinger, waarin de communautaire rechter beklemtoont dat er van een consument maar sprake kan zijn, wanneer iemand zich "heeft verbonden voor doeleinden die als niet bedrijfs- of beroepsmatig kunnen worden beschouwd".[666] Dit arrest heeft betrekking op de Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten, doch de vaststellingen van het Luxemburgse Hof lijken te kunnen worden doorgetrokken naar het volledige communautaire consumentencontentieux.[667]

224. **Arrest Dietzinger: objectieve bestemming. –** Uit datzelfde arrest wordt door de doctrine overigens afgeleid dat de *objectieve* bestemming van het voorwerp van de overeenkomst in aanmerking moet worden genomen teneinde een overeenkomst als een consumentenovereenkomst (en dus de zwakkere partij als consument) te kwalificeren.

225. **Objectieve en subjectieve bestemming. –** De discussie tussen enerzijds de *objectieve* ofte *abstracte* bestemming, en anderzijds de *subjectieve* ofte *concrete* bestemming, laat zich samenvatten als volgt. Volgens het objectief criterium is het de aard van het goed dat of de dienst die het voorwerp uitmaakt van de overeenkomst, die moet uitmaken of een goed (intrinsiek) bedoeld is voor het vervullen van particuliere, dan wel professionele noden.[668] Hierbij moet met name rekening worden gehouden met "de eigenschappen en de functionele bestemming"[669]. Een subjectief criterium gaat daarentegen uit van de intenties, motieven van de ontvanger van een goed of dienst, van "de door hem nagestreefde doelstellingen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst".[670]

226. ***Pro* objectieve bestemming. –** Het hoeft weinig betoog dat het objectieve criterium veel makkelijker te hanteren is dan het subjectieve criterium. Vereisen dat de intenties van partijen worden nagegaan teneinde een overeenkomst de kwalificeren, is immers veel complexer dan het louter vaststellen dat een goed of dienst zich *per se* eerder leent tot professioneel of particulier gebruik. Na aarzeling[671], lijkt de doctrine zich dan ook

[665] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 27-28, nr. 5.
[666] Arrest Bayerische Hypotheken- und Wechselbank t. Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punt 22. In het eerder arrest Idealservice, EU:C:2001:625 werd de vraag gesteld of het specialisatiecriterium geen doorgang zou moeten vinden. De vraag werd evenwel niet beantwoord door het Hof (H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 30).
[667] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 23, nr. 22. Zie ook conclusie Costea, C-110/14, EU:C:2015:271, punt 26, 28 en 29.
[668] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 23, nr. 4.
[669] E. PIRO, *Tutela*, 20.
[670] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 23, nr. 4; E. PIRO, *Tutela*, 20.
[671] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 57, vn. 302; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 31-32.

overwegend achter de toepassing van het objectieve criterium te scharen.[672] Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt die maatstaf genegen. In het voormelde arrest Dietzinger oordeelde dat Hof met name dat bij het uitmaken of een borgtocht een consumentenovereenkomst is, er moet worden nagegaan of het voorwerp van de gedekte overeenkomst – *i.e.* de goederen of diensten die de professioneel moet leveren – "onder de [Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten] kan vallen".[673] In een later arrest inzake internationaal privaatrecht en consumentenrechten, overwoog het Hof voorts dat

> " *aansluiting moet worden gezocht bij de positie van deze persoon in een bepaalde overeenkomst, rekening houdend met de aard en het doel daarvan, maar* niet bij de subjectieve situatie *van deze persoon, daar eenzelfde persoon voor sommige verrichtingen als consument en voor andere als economisch subject kan worden beschouwd.* „[674]

Of die overweging ook enige rol mag spelen in het consumentencontentieux buiten het IPR, is evenwel niet zeker.[675]

227. **Grijze zones. –** Hoe dan ook is geen enkele van beide criteria zaligmakend.[676] In de praktijk zal het er immers steeds op aankomen te bewijzen waarvoor een goed is bedoeld, wat een feitenkwestie uitmaakt. Er zijn dan ook veel grijze zones.[677] Op dit punt kan overigens worden gewezen op de prejudiciële vraag uit de zaak Costea, die thans bij het Hof van Justitie aanhang is, waarin de verwijzende rechter wenst te vernemen of in het kader van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen als consument kan worden beschouwd:

> " *een natuurlijke persoon* (…) *die het beroep van advocaat uitoefent en met een bank een kredietovereenkomst sluit waarin het doel van de lening niet is vermeld en het advocatenkantoor van die natuurlijke persoon als hypothecaire borg wordt aangeduid?* „[678]

Bij het beantwoorden van deze vraag zou het Hof van Justitie o.i. de gelegenheid kunnen aangrijpen om één en ander te verduidelijken. In zijn conclusie lijkt Advocaat-Generaal CRUZ VILLALÓN alvast een *objectieve* invulling genegen.[679]

4.2.2.3. GEMENGDE HANDELINGEN

228. **Zowel professionele als particuliere doeleinden. –** Een bijzonder en veel besproken vraagstuk zijn de zogenaamde *gemengde handelingen*[680], *gemengde*

[672] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 24, nr. 22; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 23, nr. 4; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 37; P. NEBBIA, *Study*, 69 (en de auteurs aangehaald in vn. 1 op die pagina); E. PIRO, *Tutela*, 20-21. *Contra*: R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek handelspraktijken*, 11, nr. 14. De auteurs lijken geen enkel van beide criteria genegen.
[673] Arrest Bayerische Hypotheken- und Wechselbank t. Dietzinger, EU:C:1998:111, punt 22.
[674] Arrest Gruber, EU:C:2005:32, punt 36. Eigen cursivering.
[675] *Cf.* R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13, laatste alinea.
[676] *Cf.* R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek handelspraktijken*, 11, nr. 14.
[677] P. NEBBIA, *Study*, 69.
[678] Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Judecătoria Oradea (Roemenië) op 7 maart 2014 – Horațiu-Ovidiu Costea t. SC Volksbank România SA – C-110/14, *Pb.C* 10 juni 2014, afl. 175, 21.
[679] Conclusie Costea, EU:C:2015:271, punt 27 en 28.
[680] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13.

overeenkomsten[681], of nog: handelingen met *promiscue doeleinden*[682]. Deze handelingen dienen strikt te worden onderscheiden van handelingen waarvan het (particuliere *of* professionele) doel niet kan worden *bewezen*.[683] Het betreft met name integendeel de categorie van handelingen die worden gesteld, *tegelijkertijd* voor professionele en particuliere doeleinden. Ter illustratie kan gedacht worden aan een gsm die wordt aangekocht om beroepshalve te telefoneren en mails te verzenden, maar ook wordt gebruikt om naar familieleden te bellen en sms'en, om op te surfen en spelletjes te spelen…

229. **Geen criteria in de Richtlijn. –** Over die handelingen dringt zich de spijtige vaststelling op, dat de Europese normgever ze in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen op geen enkele wijze heeft geregeld. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in een eerste periode elke lidstaat eigen regels uitdokterde met betrekking tot deze handelingen.[684]

230. **Italië: drie strekkingen. –** In de Italiaanse rechtsorde werd het vraagstuk naar de gemengde handelingen niet geregeld bij wet.[685] De aanwezigheid van bepaalde handelingen blijken evenwel niet in de weg te staan van de hoedanigheid van consument.[686] Drie strekkingen vallen te ontwaren.[687]

231. **Strekking 1: ruim criterium. –** Vooreerst is er rechtsleer die een heel ruim criterium aanhangt: zodra er volgens die visie (minstens) een deel private doeleinden in het spel zijn, is er sprake van een consumentenovereenkomst.

232. **Strekking 2: prevalentietheorie. –** Ten tweede is er de iets strengere theorie van het voornaamste doel[688], ofte de *prevalentietheorie*; volgens die optiek

> **"** [*p*]*otrà dirsi consumatore chi agisca per scopi che,* prevalentemente *appunto, non rientrino nella sua attività imprenditoriale o professionale* **„**[689].

Het is in die visie aan de rechter om dan "*caso per caso*"[690] uit te maken welk doel er *in concreto* prevaleert.

---

681 E. PIRO, *Tutela*, 22.
682 A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 24-29, nr. 5; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2.
683 Zie *supra*, nr. 226 en 227.
684 H. SCHULTE-NÖLKE, "Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a comparative perspective" in EUROPEAN PARLIAMENT DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: POLICY DEPARTMENT C (ed.), *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward. Compilation of Briefing Notes. Workshop with the participation of EU National Parliaments*, EU Publications Office, 2013 en http://bookshop.europa.eu/en/the-proposal-for-a-common-european-sales-law-pbBA0213103/, (11) (hierna: H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*) 17, nr. 3.
685 E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 38.
686 H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*, 18, nr. 3.
687 A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 24, nr. 5.
688 *Cf.* A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 24, nr. 5.
689 "[*z*]*al zich consument kunnen noemen: hij die handelt voor doeleinden, die met name* voornamelijk *niet vallen binnen zijn ondernemers- of professionele activiteit*". Eigen cursivering. L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2.
690 "*geval per geval*". L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2.

233. **Strekking 3: slechts marginaal professioneel gebruik. –** Volgens een derde, nog striktere opvatting is slechts een marginaal – of zelfs geen enkel – professioneel gebruik toegestaan: enkel en alleen wanneer het particulier gebruik zodanig overheerst dat het professionele gebruik irrelevant wordt bevonden, kan alsnog worden besloten tot een consumentenovereenkomst.

234. **Meerderheid voor strengste criterium. –** Die laatste, meest strikte opvatting leek te worden gevolgd door de meerderheid van de rechtspraak[691] en rechtsleer[692] in Italië. Ook in België leek die strekking vaste voet te hebben gekregen.

235. **Strengste criterium tot vóór het Wetboek Economisch Recht. –** Wat ons land betreft, is de overwegende aanhang van de strikte opvatting eenvoudig te verklaren door de definitie die tot voor kort werd gehanteerd om de consument aan te duiden. Onder de Wet Markpraktijken en haar voorhanger werd de consument immers omschreven als een persoon die "*uitsluitend* voor niet-beroepsmatige doeleinden" handelde.[693] In een letterlijke interpretatie *a contrario* voorzag de wet zelf kortom dat een persoon die handelingen met gemengde doelstellingen stelde, zelfs *nooit* een consument kon zijn.[694] Daarmee vormden België en Oostenrijk de enige twee lidstaten die (met zekerheid) het consumentencriterium zo streng invulden.[695]

236. **Hof van Justitie: oorspronkelijk strengste criterium. –** Aanvankelijk leek de derde, striktste opvatting ook te worden bevestigd door de rechtspraak van het Hof van Justitie. Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat geen enkele communautaire uitspraak over gemengd gebruik de Richtlijn Oneerlijke Bedingen tot voorwerp had.

237. **Arrest Di Pinto. –** In het arrest Di Pinto uit 1991[696] oordeelt het Hof met name in het kader van de Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten, dat consumentenrechtelijke bescherming enkel toekomt aan personen die *volledig* buiten de professionele sfeer handelen.[697]

238. **Arrest Gruber. –** In 2005 werd vervolgens het reeds aangehaalde IPR-arrest Gruber gewezen. Daarin werd door sommige rechtsleer een principiële bevestiging van

[691] Bv. Tribunale (IT) Genova 6 maart 2006 (exclusief persoonlijk gebruik vereist) en Tribunale (IT) Turijn 4 juni 2010, *Foro it.* 2010, afl. I, 2523 (advocaat is consument omdat professioneel gebruik van bankrekening slechts marginaal is).
[692] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 25, nr. 5; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 38; E. PIRO, *Tutela*, 22-23. *Contra* (en met name voorstander van de tweede theorie, van het voornaamste doel): L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2.
[693] Over de definitie van het consumentenbegrip in het Belgisch recht, zie *supra*, nr. 202 en 203.
[694] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 24-25, nr. 23; I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 57, nr. 9; R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13.
[695] H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*, 17-18, nr. 3.
[696] Arrest Di Pinto, C-361/89, EU:C:1991:118.
[697] Zie m.n. punt 15. I. DEMUYNCK, *Thesis*, 18.

de voormelde strenge visie gelezen[698], doch vaak met enige nuancering[699]. *In casu* gaf het Hof immers aan dat de bijzondere regels van internationaal privaatrecht voor consumentenovereenkomsten[700] niet toepasselijk zouden zijn op de heer Gruber, indien de nationale rechter tot het besluit zou komen dat de overeenkomst "in *niet-onbelangrijke mate* tot doel had in beroepsmatige behoeften van de betrokken persoon te voorzien".[701] Het Hof overwoog hierbij dat wie een overeenkomst sluit voor onder andere professionele doeleinden, niet beschermenswaardig is als consument, al is er een niet-professioneel gebruik,

> **"** *ongeacht het verband tussen het particuliere en het beroepsmatige gebruik dat van het betrokken goed of de betrokken dienst kan worden gemaakt, zelfs indien het particuliere gebruik daarbij de overhand heeft, mits het aandeel van het beroepsmatige gebruik* niet onbetekenend *is.* **„**[702]

239. **Vandaag: prevalentiecriterium. –** Desondanks het voormelde, dient o.i. te worden besloten dat het prevalentiecriterium vandaag de voorkeur geniet. De discussie van de verre van evidente mogelijkheid om het IPR-arrest Gruber op het consumentencontentieux toe te passen[703] nog te na gelaten, leiden de navolgende argumenten tot dat besluit.

240. **Belgisch argument *pro* prevalentie. –** Naar intern Belgisch recht kan vooreerst worden gewezen op de vernieuwde definitie van wie als consument wordt gekwalificeerd. Zoals gesignaleerd[704] is met de invoering van het Wetboek Economisch Recht de vereiste van *uitsluitend* niet-professionele doeleinden verdwenen.[705] De letter van de wet staat aldus een ruimere interpretatie dan het vorige consumentenbegrip toe.

---

[698] G. STRAETMANS, "Het Europese consumentenacquis: genese en toekomstblik" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (1) (hierna: G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*) 24-25.

[699] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 25, nr. 5; E. PIRO, *Tutela*, 22-23. *Contra*: R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13.

[700] Het betrof met name het Executieverdrag (verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Pb.L* 1972, afl. 299, 32), thans vervangen door de Verordening Brussel I*bis* (Verord.EP&Raad 12 december 2012, nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *Pb.L* 20 december 2012, afl. 351, 1).

[701] Arrest Gruber, EU:C:2005:32, punt 47. Eigen cursivering.

[702] Arrest Gruber, EU:C:2005:32, punt 41. Eigen cursivering.

[703] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 24-25, nr. 23; R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13, laatste alinea. Er moet immers rekening mee worden gehouden dat de *in casu* besproken regel een *uitzonderingsregel* in het IPR betrof. De niet-toepasselijkheid van zo'n uitzonderingsregel uit het communautaire IPR betekent voorts geheel niet *per se* dat de procespartij die zich op die uitzondering beroept, van enig materieel recht zou worden ontdaan. Integendeel heeft die vaststelling louter tot gevolg dat de algemene IPR-regels uit het instrument uitwerking vinden. Zo zal de verweerder die zich zonder succes beroept op het recht om als consument voor een gerecht van de lidstaat van woonplaats te worden gedaagd (art. 18.2 Verordening Brussel I*bis*) uiteraard nog steeds voor een bevoegde rechter moeten worden gedaagd overeenkomstig de algemene bevoegdheidsprincipes (art. 4 t.e.m. 9). De aard van IPR-regels verschilt kortom danig van de doelstellingen nagestreefd door het consumentenrecht, wat een meer strikte begripsafbakening legitimeert.

[704] Zie *supra*, nr. 203.

[705] Zie art. I.1, 2° WER.

241. **Historisch argument *pro* prevalentie. –** Voort is er een historisch argument dat pleit in het voordeel van de prevalentietheorie. Immers blijkt uit de parlementaire voorbereidingen dat de Raad en de Commissie die leer genegen waren.[706]

242. **Rechtsvergelijkend argument *pro* prevalentie: Scandinavië. –** Een derde overweging die opmerking verdient, is dat de drie Scandinavische lidstaten en Duitsland evenzeer het voornaamste doel als criterium gebruiken. De relevantie van die vaststelling is des te groot, nu in alle overige EU-lidstaten – met uitzondering van Oostenrijk[707] – geen duidelijke regel met betrekking tot gemengde handelingen kan worden gevonden.[708]

243. **Teleologisch argument *pro* prevalentie. –** Het vierde en belangrijkste argument is evenwel van teleologische aard. De Richtlijn Consumentenrechten, thans de meest recente richtlijn in het EU-consumentenacquis, verduidelijkt met name voor het eerst in de tekst zelf van een richtlijn hoe gemengde overeenkomsten moeten worden behandeld. Waar de definitie in artikel 2.1 niks uitdrukkelijks bepaalt op dit vlak, bevat considerans 17 wel een verduidelijking. Die overweging leest namelijk als volgt:

> **“** *Onder de definitie van consument dienen natuurlijke personen te vallen die buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit handelen. Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst* niet overheerst*, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt.* **„**[709]

Aldus blijkt duidelijk dat het spoort met de bedoeling van de Europese normgever de *overheersende* doelstelling als maatstaf voor het consumentenbegrip te gebruiken. Het is dan ook wenselijk om, met het oog op consistentie, diezelfde maatstaf door te trekken naar de overige richtlijnen uit het consumentencontentieux.[710]

244. **Rechtsvergelijkend argument *pro* prevalentie: Duitsland. –** Ter aanvulling van het vierde argument wordt overigens de aandacht gevestigd op het gegeven dat de Duitse wetgever de toepassing van de prevalentieleer reeds bevestigde, onder meer met betrekking tot het leerstuk van de oneerlijke bedingen.[711] Het Bürgerliches Gesetzbuch definieert de *Verbraucher* sedert *medio* 2014 immers als:

> **“** *jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die* überwiegend *weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen*

[706] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 24, nr. 23.
[707] Zie *supra*, nr. 235.
[708] H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*, 17-18, nr. 3.
[709] Eigen cursivering.
[710] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 38-39; H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*, 18.
[711] Ook de Britse *Department for Business, Innovation and Skills* en de *Law Commission* spraken zich uit in het voordeel van dit criterium. Zie met name THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a New Approach? – Issues Paper*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf, 111-112, nr. 9.16 en 9.17.

Tätigkeit zugerechnet werden können. „[712]

245. **Inconsistentieargument *pro* prevalentie. –** Als vijfde element ter ondersteuning van de these dat ook overeenkomsten voor gemengd gebruik als consumentenovereenkomsten gekwalificeerd dienen te worden, is er de onbeantwoorde vraag van het *waarom* van de uitsluiting van handelingen gesteld voor *meer dan onbetekenende* professionele doeleinden. Met andere woorden: waarom zou een persoon niet langer van de bescherming tegen oneerlijke bedingen mogen genieten, wanneer hij een goed of dienst bestelt, dat/die hij, naast voor private doeleinden, ook voor 'meer dan een heel klein deel' zal gebruiken voor professionele doeleinden? Hoezo is de situatie zo anders tussen de arts die enkel zijn woning laat herschilderen, en de arts die zijn woning en zijn wachtzaal laat herschilderen? Een onderliggende *ratio* blijkt althans niet duidelijk uit het voormelde arrest Gruber.[713] Een *mogelijk* antwoord is dat de persoon niet langer wordt geacht een zwakke onderhandelaar te zijn, omdat hij, aangezien hij het goed minstens deels professioneel kan gebruiken, over bijzondere kennis met betrekking tot het voorwerp van de overeenkomst beschikt. Edoch, als dat inderdaad de onderliggende reden is, dan is dat tegenstrijdig met het voormelde bestemmingscriterium. Immers geeft zo'n gedachte integendeel uiting aan de specialisatieleer.[714] Tenzij er dus een andere verantwoording aan ten grondslag ligt, doet de uitsluiting zich voor als inconsistent.

246. **Argument van de rechtszekerheid *pro* prevalentie. –** Een zesde argument is de rechtsonzekerheid. Uiteraard moet worden vastgesteld dat er bij de afbakening van privaat en professioneel gebruik sowieso heel veel grijze zones zijn. Ook wanneer het criterium het *overwegend* gebruik is, zal er discussie mogelijk blijven over wat in concrete casussen de bovenhand haalt. Desalniettemin moet worden vastgesteld dat het eenvoudiger is om uit te maken of een bepaald gebruik *overweegt*, dan om na te gaan of een bepaald gebruik *onbetekenend* of *marginaal* is.[715] Het komt voor dat het criterium van *overwegen* een zekere mathematische aanpak impliceert: welk gebruik overstijgt de helft? Hoewel elk begrip aan perceptie onderhevig is, lijkt de rechtszekerheid eerder gediend met de prevalentieleer.

247. **DCFR. –** Tot slot kunnen ook argumenten *pro* de prevalentietheorie worden gevonden in de *Draft Common Frame of Reference* en het *Gemeenschappelijk Europees kooprecht*. De DCFR definieert de consument met name als de natuurlijke persoon

> " *who is acting* primarily *for purposes which are not related to his or her trade, business or profession* „[716].

Het hoeft weinig betoog dat *primarily* (voornamelijk, in eerste plaats) hier duidt op het prevalentiecriterium.

[712] § 13 BGB, zoals gewijzigd door art. 1(2) Gesetz (DE) 20 september 2013 'zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung', *BGBl. I* 27 september 2013, 3642. Eigen cursivering.
[713] P. NEBBIA, *Study*, 73.
[714] P. NEBBIA, *Study*, 73.
[715] P. NEBBIA, *Study*, 73.
[716] C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *DCFR*, 67 (*v° Consumer*) en 91, art. I.-1:105(1). Eigen cursivering.

248. **CESL. –** Bij de CESL deed zich dan weer een interessante wending voor. De Commissie omschreef de consument in haar voorstel oorspronkelijk op identieke wijze als de definitie in de Richtlijn Consumentenrechten.[717] Een amendement van het Europees Parlement voegde evenwel een zinsnede toe die quasi letterlijk overeenstemt met voormelde considerans 17 van die richtlijn.[718] Er kan dan ook voorzichtig worden besloten dat het Parlement in het consumentenacquis de voorkeur geeft aan de prevalentieleer.

249. ***Ergo*: prevalentiecriterium. –** Met betrekking tot het communautaire en Belgische recht, lijkt zodoende te kunnen worden vastgesteld dat de weg open ligt voor het afbakenen van de grens tussen *consument* en *professioneel* aan de hand van het criterium van de *overwegende* gebruiksdoelstelling. Met het oog op harmonisatie en bijhorende rechtszekerheid lijkt het ook wenselijk dat diezelfde maatstaf wordt gebruikt in de andere nationale rechtsstelsels. Wat Italië betreft, lijkt het er op dat punt alvast op dat de huidige wetgeving zo'n interpretatie toelaat zonder noodzakelijke wijzigingen.

250. **Conclusie Costea. –** Binnenkort zal een uitspraak van het Hof van Justitie wellicht finaal uitsluitsel geven inzake de gemengde handelingen. Hoewel de hangende zaak Costea immers niet direct raakt aan dit thema[719], heeft dit de advocaat-generaal er niet van weerhouden om toch standpunt in te nemen op dit aspect. In navolging van enkele hierboven aangehaalde argumenten[720] besluit deze in zijn conclusie dat een partij

> " *moet worden aangemerkt als consument indien het beroepsmatige oogmerk niet overheerst binnen de globale context van de overeenkomst, gelet op alle omstandigheden en de door de nationale rechter te verrichten beoordeling van de objectieve bewijsmiddelen waarover deze beschikt.* „[721]

4.2.2.4. RECHTSPERSONEN EN KLEINE PROFESSIONELEN

251. **Communautaire rechtsorde. –** In het Europese acquis zijn rechtspersonen nooit mogelijke consumenten geweest. Artikel 2, b) van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen is op dat punt duidelijk: enkel natuurlijke personen vallen onder de definitie.[722] Ook het Hof van Justitie is op dit thema reeds tussengekomen. In het arrest Idealservice[723] wordt de uitsluiting van rechtspersonen uit het consumentenbegrip bevestigd.[724]

252. **Belgische rechtsorde. –** In de Belgische wetgeving waren rechtspersonen oorspronkelijk niet uitgesloten van de consumentennotie.[725] Integendeel: de Wet Handelspraktijken definieerde de consument zelfs uitdrukkelijk als "natuurlijke of

[717] Art. 2, f) Voorstel van verordening COM/2011/635/FINAL.
[718] Art. 2, f) TA/2014/159/P7. Zie met name amendement 32.
[719] Zie conclusie Costea, EU:C:2015:271, punt 46.
[720] Conclusie Costea, EU:C:2015:271, punt 35 t.e.m. 45.
[721] Conclusie Costea, EU:C:2015:271, punt 47.
[722] G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*, 21-24.
[723] Arrest Idealservice, EU:C:2001:625, *dictum*.
[724] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 25, nr. 24; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 23, nr. 3; H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 29-31; P. NEBBIA, *Study*, 83.
[725] H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 365.

rechtspersoon"[726], al werd in de (gepubliceerde) rechtspraak kennelijk zelden geoordeeld dat een rechtspersoon ook een consument was.[727] Met de Wet Marktpraktijken werd die mogelijkheid geschrapt. Ook onder het Wetboek Economisch Recht[728] is het niet langer mogelijk om rechtspersonen te kwalificeren als consumenten.[729]

253. **Franse rechtsorde. –** In Frankrijk ligt de situatie anders. Zoals reeds werd vermeld[730], werd de consument in 2014 gedefinieerd in de Code de la consommation.[731] Evenwel wordt de bescherming tegen oneerlijke bedingen volgens diezelfde Code[732] niet enkel verleend aan consumenten, maar ook aan de *non-professionnels*. Laatstgenoemden konden volgens het Franse Cassatiehof ook rechtspersonen zijn.[733] Het is echter de vraag of rechtspersonen in bepaalde gevallen anno 2015 nog steeds beschermde partij zullen kunnen zijn, gelet op de nieuwe definitie.[734] De parlementaire voorbereidingen lijken alvast een positief antwoord genegen.[735]

254. **Italiaanse rechtsorde: grondwettelijkheidsvraag. –** Wat tot slot Italië betreft, moet melding worden gemaakt van de rechtspraak van het Italiaanse grondwettelijk hof. Door de *giudice di pace* (vrederechter) van Sanremo was aan dat hof immers reeds kort na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen de prejudiciële vraag gesteld, of de keuze van de wetgever om de *piccole imprese* (kleine ondernemingen) en *imprese artigiane* (ambachtsondernemingen) buiten het toepassingsgebied van de bescherming te laten, niet – onder meer – neerkwam op een ongrondwettelijke[736] discriminatie.[737] Dat deze vraag precies in Italië werd opgeworpen, hoeft niet te verbazen: vooreerst was het consumentenbegrip daar onbekend voor de introductie van het communautaire consumentenacquis. Tevens is welbekend dat de Italiaanse economie wordt gekenmerkt door een groot aantal kleine en middelgrote ondernemingen.[738]

255. **Italiaanse rechtsorde: geen discriminatie. –** In een arrest van 2002 antwoordde de *Corte costituzionale* negatief op de gestelde vraag.[739] Het feit dat enkel particuliere natuurlijke personen door de wet worden beschermd tegen oneerlijke bedingen, maakt

[726] Art. 1, eerste lid, 7 WHPC.
[727] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 10.
[728] Art. I.1, 2° WER gewaagt immers van "ieder natuurlijke persoon die…".
[729] R. STEENNOT, "Artikel 2.1° - 2.7°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 10.
[730] Zie *supra*, nr. 198 en 200.
[731] Art. *préliminaire* C.consomm.
[732] Art. L. 132-1 C.consomm.
[733] Zie bv. Cass. (FR) 1re civ. 15 maart 2005, *D.* 1948, noot BOUJEKA en de (summiere) bespreking in H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 28-30.
[734] Zie ook N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*.
[735] G. RAYMOND, *Définition*, nr. 12.
[736] Art. 3 Costituzione (IT) della Repubblica Italiana, *GU* 27 december 1947, n. 298.
[737] Zie ook G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 50.
[738] E. BATTELLI, "Il controllo delle Camere di commercio sulle clausole inique e il ruolo di Unioncamere" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (125) (hierna: E. BATTELLI, *Camere di commercio*) 134.
[739] Corte costituzionale (IT) 22 november 2002, n. 469, *Resp. civ. e prev.* 2003, 668 en *Danno e resp.* 2003, 701.

geen schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel uit.[740] De motieven die door het Hof worden aangehaald ter staving van de beslissing, zijn evenwel terecht bekritiseerd om hun vaagheid.[741] Zo wordt onder meer verwezen naar het feit dat de wetgever enkel gevolg heeft gegeven aan Europese normen, naar de wenselijkheid van een geharmoniseerde consumentennotie in de hele EU, naar het 'niet onredelijke karakter' van de keuze van de wetgever, naar de omstandigheid dat kleine ondernemingen vaak wel op gelijk onderhandelingsniveau met de *grote* professionelen kunnen worden gesitueerd, en dat de aanname dat kleine ondernemingen steeds zwakkere medecontractanten zijn, zou indruisen tegen de geest van de Richtlijn en omzettingswet.[742]

256. ***Ergo*: rechtspersonen zijn geen consumenten. –** Hoe dan ook luidt het besluit dat rechtspersonen op heden, noch in België, noch in Italië[743] onder het consumentenbegrip vallen. Zij kunnen dan ook in beginsel geen aanspraak maken op bescherming tegen oneerlijke bedingen.

4.2.2.5. IRRELEVANTE OMSTANDIGHEDEN

257. **Twee gegevens die niet van belang zijn. –** Na deze omstandige bespreking van de factoren die relevant zijn om uit te maken of een persoon als consument kan worden gekwalificeerd, lijkt het interessant twee omstandigheden te vermelden die uitdrukkelijk *niet* relevant werden bevonden bij het uitmaken van de hoedanigheid van consument.

258. **Type overeenkomst. –** Vooreerst wordt in herinnering gebracht dat het soort overeenkomst dat wordt gesloten tussen de consument en de professioneel, zonder relevantie is voor de toepasselijkheid van de regels inzake oneerlijke bedingen.[744] Of een persoon dus voor particuliere doeleinden goederen verwerft, diensten laat leveren, dan wel nog een andere soort contractprestaties overeenkomt, doet niet ter zake.[745]

259. **Eindbestemmeling. –** Ten tweede wordt door het EU-recht ook niet vereist dat de consument de eindgebruiker is van de goederen of diensten die het voorwerp uitmaken van de overeenkomst. Dit werd uitdrukkelijk bevestigd in het reeds vermelde arrest Dietzinger[746], waarin het Hof ter zake van een buiten de verkoopruimte gesloten overeenkomst[747] oordeelde dat er – bij stilzwijgen hieromtrent door de relevante richtlijn – voor de toepasselijkheid van de consumentenbescherming niet wordt vereist dat wie de consumentenovereenkomst sluit met betrekking tot goederen of diensten, ook de ontvanger van die goederen of diensten is.[748]

[740] V. ROPPO, "Italy", *ERCL* 2005, (274) 282-283.
[741] P. NEBBIA, *Study*, 81-82.
[742] Punt 2.1 in *Diritto*.
[743] A. PALMIERI, "Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale" (noot onder Corte costituzionale (IT) 16 juli 2004, n. 235), *Foro it.* 2005, I, (993), nr. 2.1.
[744] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 4.
[745] Zie *supra*, nr. 110 e.v.
[746] Arrest Bayerische Hypotheken- und Wechselbank t. Dietzinger, EU:C:1998:111.
[747] Richtlijn Overeenkomsten Buiten Verkoopruimten (opgeheven).
[748] Arrest Bayerische Hypotheken- und Wechselbank t. Dietzinger, EU:C:1998:111, punt 19.

260. **Eindbestemmeling in België vóór het Wetboek Economisch Recht. –** Die tweede 'irrelevante omstandigheid' was in ons Belgische recht nochtans niet onbesproken. Vooreerst leken de Wet Handelspraktijken[749] en Wet Markpraktijken[750] immers te laten uitschijnen dat, om als consument te worden gekwalificeerd, er sprake moest zijn van *verwerven of gebruiken* van op de markt gebrachte goederen of diensten.[751] In een tekstuele interpretatie van de Wet Handelspraktijken, zoals gewijzigd in 1998[752], was ten tweede ook vereist dat een overeenkomst was *gesloten* tussen een onderneming en een consument. Dit viel immers te lezen in de toenmalige definitie van de professioneel (*verkoper*)[753]. In een driepartijenverhouding viel de consument die niet direct contracteerde met een professioneel dus uit de boot.[754]

261. **Eindbestemmeling sinds het Wetboek Economisch Recht. –** Geen enkele van die argumenten gaan onder het huidige Wetboek Economisch Recht evenwel nog op.

262. **Handelen, niet verwerven of gebruiken. –** Ten eerste gewaagt de nieuwe definitie van de consument niet langer van een *verwerven of gebruiken*. Integendeel is enkel vereist dat de natuurlijke persoon voor niet-professionele doeleinden *handelt*[755], dat wil zeggen: optreedt in het economisch verkeer. Daarmee is het thans duidelijk dat ook wanneer de particulier bijvoorbeeld (tweedehands) goederen verkoopt *aan* een professioneel, hij nog steeds de hoedanigheid van consument kan hebben. Ook de situatie waarin geen goederen worden overgedragen of diensten worden verleend, valt nu kennelijk onder de wet. Zo kan worden gedacht aan de consument-borgsteller.[756]

263. **Ruime definitie van de consument. –** Die laatste vaststelling wordt overigens versterkt doordat ook het tweede argument thans tot het verleden hoort. Het is namelijk niet enkel zo dat de huidige definiëring van het consumentenbegrip zo ruim is, dat ook niet-contracterende personen consumenten kunnen zijn. Ook en bovendien werd de vereiste van het *sluiten* van de overeenkomst tussen de consument en de professioneel reeds in de Wet Marktpraktijken geschrapt uit de definitie van de professioneel.[757]

264. **Overeenkomsten 'gesloten tussen' en 'tussen'. –** Tot slot spreekt ook de definitie van *onrechtmatig beding* nu over "overeenkomsten tussen", en dus niet over "overeenkomsten *gesloten* tussen".[758] De huidige bepaling met de zwarte lijst met oneerlijke bedingen, artikel VI.83 van het Wetboek Economisch Recht, omschrijft in haar aanhef het toepassingsgebied van die lijst daarentegen wel nog steeds als "overeenkomsten *gesloten* tussen een onderneming en een consument". Het zou o.i.

[749] Art. 1, eerste lid, 7 WHPC.
[750] Art. 2, 3° WMPC.
[751] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 23-26; R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 7, nr. 5.
[752] Zie *supra*, nr. 070.
[753] Art. 31, §2, 2° WHPC.
[754] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 69-70, nr. 84.
[755] Art. I.1, 2° WER.
[756] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 23-26; R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 7, nr. 5.
[757] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 69-70, nr. 84.
[758] Art. I.8, 22° WER.

evenwel onzinnig zijn hieruit te concluderen dat de zwarte lijst enkel van toepassing zou zijn op overeenkomsten waarin consument en professioneel beiden contractpartij zijn, temeer nu de Richtlijn dit onderscheid in geen geval maakt.

4.2.2.6. **BEWIJSLAST**

265. **Consument bewijst zijn hoedanigheid. –** De Richtlijn bepaalt niks over de bewijslast met betrekking tot de hoedanigheid van consument.[759] Ook de Belgische en Italiaanse[760] wetgever zwijgen op dit punt. Op grond van het beginsel dat *actori incumbit probatio*, dat ook door het Hof van Justitie werd erkend in een zaak van internationaal privaatrecht inzake de hoedanigheid van consument[761], kan dan ook worden besloten dat het toekomst aan de persoon die beweert een consument te zijn, om zijn hoedanigheid te bewijzen.[762]

266. **Engelse UCTA: vermoeden. –** Een marginale verwijzing naar het Engelse recht is hier evenwel op zijn plaats. In het puur nationaalrechtelijke stelsel uit de UCTA van 1977 is er namelijk – in tegenstelling tot in de Regulations van Europese origine[763] – een weerlegbaar vermoeden van de hoedanigheid van consument geïnstalleerd.[764]

267. **'Vermoeden van consumentschap'** ***de lege ferenda*****. –** Zo'n vermoeden van de hoedanigheid van consument komt ook interessant voor in het kader van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Meer nog, het zou o.i. zelfs aansluiten bij de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de curatieve controle op oneerlijke bedingen.[765] Ook in Italië lijkt deze idee opmars te maken.[766]

268. **Bewijs van consumentenhoedanigheid** ***versus*** **ambtshalve nagaan oneerlijke bedingen. –** Zoals verderop *in extenso* zal worden geduid, maakt het immers vaste communautaire rechtspraak uit dat de nationale rechter overgaat tot het ambtshalve verifiëren van de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De verenigbaarheid van dat verplichte ambtshalve onderzoek en het beginsel dat het aan de tegenpartij van de professioneel toekomt te bewijzen dat hij de hoedanigheid van consument heeft, behoeft o.i. evenwel nadere duiding.

269. **Illustratie van ontduiking van de oneerlijkebedingenleer. –** Immers, zo een professioneel dezelfde bedingen gebruikt in zijn verhouding met consumenten als met andere professionelen, dan zou die professioneel in gedingen met een versteklatende tegenpartij steevast kunnen betwisten dat de medecontractant die gesteldheid van consument heeft. Gezien de rechter vervolgens conform ons procesrecht moet uitgaan

[759] Zie ook S. WHITTAKER, "Burden of Proof in the Consumer *Acquis* and in the Draft Common Frame of Reference: Law, Fact and Things in Between", *ERCL* 2008, (411) 427-432.
[760] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 40.
[761] Arrest Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, punt 46.
[762] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 26, nr. 25; P. NEBBIA, *Study*, 74.
[763] Zie *supra*, nr. 212.
[764] UCTA, s 12(3).
[765] Zie *infra*, nr. 453 en 454 (e.v.).
[766] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 40.

van wat door partijen werd aangebracht en de tegenpartij geen elementen in de procedure brengt, kan de rechter dus in beginsel niets anders dan voorlopig aannemen dat de tegenpartij geen consument is. Bijgevolg vinden de consumentenbeschermingsregels inzake oneerlijke bedingen geen toepassing en kan (mag) hij dus niet ambtshalve overgaan tot controle van oneerlijke bedingen.

270. **Weerlegbaar vermoeden voor natuurlijke personen? –** Een weerlegbaar 'vermoeden van *consumentschap*' (*praesumptio consumptionis*?) voor natuurlijke personen lijkt hier een interessante oplossing te zijn, temeer nu het onbetwist is dat iedere natuurlijke persoon in beginsel een consument kan zijn, terwijl lang niet elkeen ook mogelijks een professioneel is. Een minder drastisch alternatief voor zo'n vermoeden, bestaat er in te bepalen dat de rechter in elk geding ambtshalve de hoedanigheid van consument moet vaststellen, in afwijking van zijn gemeenrechtelijke lijdelijke rol.[767] Indien evenwel voldoende indicatoren ontbreken, blijft het in dat geval maar de vraag tot welke hoedanigheid die rechter dan moet beslissen.

4.2.2.7. BESCHERMENSWAARDIGHEID VAN DE CONSUMENT EN ANDEREN

271. **Kritiek. –** Nu werd geschetst hoe het consumentenbegrip er *de lege lata* uitziet, past het een aantal kanttekeningen te maken bij dat begrip *de lege ferenda*. Vooreerst kunnen zeer algemeen vraagtekens worden geplaatst bij de noodzaak aan consumentenbescherming in de contractuele sfeer. Met name wordt soms geopperd dat de Europese Unie zonder volstrekt legitieme basis de contractvrijheid van partijen te zeer zou beperken[768] door een consumentenbescherming die neigt naar een vorm van betutteling.[769]

272. **Bevoegdheid. –** Op het aspect van de bevoegdheid van de Europese normgever wordt hieronder niet verder ingegaan, al doet de verregaande rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot consumentenbescherming en marktpraktijken, en dan vooral wat betreft de sancties bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen[770] inderdaad soms wel de wenkbrauwen fronsen, wanneer in herinnering wordt gebracht dat de communautaire bevoegdheid zich in wezen enkel stoelt op de verwezenlijking van de interne markt.

273. **Beperking van de contractvrijheid? –** Wat de beperking van de contractvrijheid[771] betreft, kan voornoemde kritiek deels worden aanvaard. Evenwel moet aansluiting worden gevonden bij de stelling dat de *absolute contractvrijheid* die ons recht ontleent aan de Franse Revolutie, door de huidige economische ontwikkelingen illusoir is

[767] Vgl. F. BRUDER, *Burden of Proof*, 223-225.
[768] Vgl. E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-92, (562) 564, alsook K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 56.
[769] Zie, over (en *contra*) deze argumenten, H. SCHULTE-NÖLKE, "No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts", *ERPL* 2015, (195) (hierna: H. SCHULTE-NÖLKE, No Market for Lemons) 202.
[770] Zie *infra*, nr. 454 e.v.
[771] Zie ook S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 142-143, nr. 4.

geworden.[772] Zij dient daarom te worden vervangen door een effectieve, *relatieve contractvrijheid*.[773] Grondgedachte is hier aldus dat de consument en de professioneel op gelijk onderhandelingsniveau worden getild, teneinde in wérkelijke vrijheid te onderhandelen.[774] In die zin, en met het risico mij aan licht politieke uitspraken te wagen[775], hoeft de bescherming tegen oneerlijke bedingen dus niet per se te worden afgedaan als links protectionisme. Integendeel, het leerstuk van de oneerlijke bedingen schoolt zich o.i. zelfs (minstens evenzeer) op liberale leest, gezien de idee van niet-illusoire contractvrijheid bij uitstek uiting geeft aan een maximale vrijheidsgedachte.[776] De drijvende communautaire ideologie om ook in de contractverhouding een *level playing field* te creëren, moet dan ook worden toegejuicht.

274. ***No free meal.*** **–** Daarentegen komt het evenwel voor dat de balans soms wat te veel in de richting van de consument overhelt, waardoor bepaalde omstandigheden inderdaad nopen tot het besluit dat de mate van consumentenbescherming een te zware last voor de professioneel betekent, te meer wanneer abstracte begrippen als *duidelijk voor de redelijk geïnformeerde consument*[777] en *kennelijk onevenwicht*[778] hun intrede doen. Ook zijn belangen dienen in rekening te worden gebracht. Het is in die zin dan ook helemaal niet verwonderlijk dat de vrije beroepers zich in België zo lang als mogelijk uit het toepassingsgebied van de regeling hebben willen houden. Daarbij moet ook het aloude economische adagium dat "*there ain't no such thing as a free lunch*" in herinnering worden gebracht. Hoewel het uiteraard deze verhandeling, zelfs dit studieveld zou te buiten gaan, moeten ook de economische gevolgen van de consumentenregels in aanmerking worden genomen: betaalt de consument met name finaal niet de 'prijs' voor zijn bescherming, door lagere kwaliteit, hogere prijzen, slechtere dienst na verkoop en dergelijke meer?[779]

275. **Uitbreiding tot bepaalde professionelen? –** Hiermee verwant is dan ook het vraagstuk naar de wenselijkheid van de uitbreiding van het beschermingsregime tot welbepaalde professionelen.[780] Door het hanteren van het bestemmingscriterium in combinatie met de gedachte dat de noties van professioneel en consument elkaar

[772] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 11, nr. 9. Zie ook B. LURGER, *The Future of European Contract Law*, 447-452.
[773] A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*, 210; E. PIRO, *Tutela*, 69.
[774] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 109-110, nr. 110; F. DOMONT-NAERT, "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, (219) 239-240, nr. 52; H. SCHULTE-NÖLKE, *No Market for Lemons*, 202-203.
[775] Het behoeft evenwel opmerking dat ook contractenrecht niet politiek neutraal kán zijn. Zie B. LURGER, *The Future of European Contract Law*, 453.
[776] Vgl. P. PERLINGIERI, "Conclusioni" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (175) (hierna: P. PERLINGIERI, *Conclusioni*) 175-176.
[777] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 72 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 75. Zie over de transparantievereiste *infra*, hoofdstuk 6.
[778] Zie de open norm, *infra*, hoofdstuk 7.
[779] Zo ook E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 36.
[780] Zie ook B. LURGER, *The Future of European Contract Law*, 460-462.

uitsluiten en dat de hoedanigheden worden verkregen louter door het stellen van bepaalde handelingen, lijkt er vandaag immers sprake te zijn van een zwart-witscenario: ofwel valt men (zelfs ongewild) onder het consumentenbegrip, met alle gevolgen van dien, ofwel is men professioneel en wordt men dus plots geconfronteerd met een heleboel zware verplichtingen uit het marktpraktijkenrecht.

276. **Reacties in verschillende lidstaten. –** Dit onderscheid komt evenwel soms nogal arbitrair over. In verschillende lidstaten werd er dan ook geopteerd voor een verruiming van het toepassingsgebied van de bescherming, hetzij door de inhoudscontrole uit te breiden naar het algemene contractenrecht[781], hetzij door meer beschermde partijen te integreren in de oneerlijkebedingenleer.[782] Ook een groot deel van de rechtsleer lijkt zo'n uitbreiding van het toepassingsgebied voor te staan.[783] Een tussenweg zou er overigens in kunnen bestaan dat (bepaalde) professionelen een soort afgeslankte vorm van bescherming krijgen.[784] Reeds nu worden professionelen overigens in zekere mate

[781] Dit is zo in Duitsland en Nederland (P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 61-63, nr. 78-89). Het past hier ook te wijzen op art. 36, vierde lid cod.cons., waarin te lezen valt dat de verkoper (lees: de professioneel) een verhaalsrecht heeft op zijn leverancier (lees: de professioneel die net boven hem staat in de economische keten) voor de schade die het gevolg is van de nietigheid van een oneerlijk beding. Die bepaling wordt geïnterpreteerd als beschermingsmechanisme voor de 'kleine' professioneel. Er wordt met name gedoeld op het geval waarin eenzelfde beding voorkomt in de overeenkomst tussen die professioneel en zijn 'leverancier' als tussen de professioneel en de consument. In dat geval werd het dus door de wetgever onbillijk bevonden dat de 'kleine' professioneel als tussenschakel de schade zou moeten dragen. Zie hierover, *in extenso*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 42-46. De auteur wijst ook op het perverse effect van deze bepaling: de 'oneerlijke' kleine professioneel die oneerlijke bedingen hanteert, wordt beloond, de professioneel die daarentegen bv. zijn prijzen noodgedwongen optrekt echter niet.

[782] Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan Spanje, Griekenland, Hongarije, Frankrijk, Polen en Letland (P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 61-63, nr. 78-79). Ook de Britse *Law Commission* staat een uitbreiding tot *small businesses* voor (LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 292*, 15-19, nr. 2.30-2.43).

[783] A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO, "Prefazione" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (5) 6-7; I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 59-60, nr. 12-12.2; M. HESSELINK, "Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive", *ERPL* 2010, 57-102; O. LANDO, *Justice in Contract Law*, 829-831, V. RIZZO, *Profili storici*, 53; V. ROPPO, *To Asymmetric Contracts: a Trend?*, 342-345; H. SCHULTE-NÖLKE, *No Market for Lemons*, 215-216 (vanuit een *law-and-economics*analyse); P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*, 63; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 164, nr. 30. *Cf.* T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*, 102. Zie ook, wat Italië betreft, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 28-30, 35-36 en 46-47. Laatstgenoemde auteur wijst erop dat een groot deel van de Italiaanse doctrine, alsook de *Commissione ministeriale* die betrokken was bij de creatie van de Codice del consumo en de *Autorità garante per la concorrenza e il mercato* (zie *infra*, nr. 556 en 557) om die reden voorstanders waren van het behoud van de oneerlijkebedingenleer in de Codice civile.

[784] *Cf.* COM(2000)248 def., 31.

beschermd bij bepaalde rechtshandelingen en dit op grond van nationaal[785] of communautair[786] recht.

277. **Specialiteit in plaats van bestemming? –** Tot slot en opnieuw gelinkt aan wat hierboven werd vermeld, kan men zich afvragen of het Europese consumentenrecht wel terecht vertrekt van het bestemmingscriterium in plaats van het specialisatiebeginsel.[787] Ter illustratie kan hier worden gedacht aan de vliegtuigpassagier die contracteert met de luchtvaartmaatschappij: hoezo valt het te verantwoorden dat die beschermd is tegen oneerlijke bedingen als hij een toeristische reis onderneemt, maar dat niet is als hij op zakenreis vertrekt?[788] Het staat buiten kijf dat het gebruik van de specialiteit van contractpartijen ter bepaling van het toepassingsgebied de nodige bewijsproblemen zal opleveren. Het valt echter te betwijfelen of die bewijsproblematiek wel significant zou verschillen met wat nu het geval is onder de bestemmingsleer. *Quid* bijvoorbeeld met overeenkomsten waarvan het particuliere en het professionele doel simpelweg niet te onderscheiden valt, zoals inzake nutsvoorzieningen voor thuiskantoren?

278. **'Geknelde' professionelen. –** Hoe dan ook komt het voor dat het specialiteitscriterium billijkere gevolgen met zich meebrengt. Immers, wanneer de informatieasymmetrie en zwakke onderhandelingspositie als uitgangspunt van de beschermingsregeling wordt aanvaard, hoezo is dan de situatie van een 'kleine' of niet-gespecialiseerde professioneel zo fundamenteel anders dan die van de Europeesrechtelijke consument, dat een verschil in behandeling te verantwoorden is?[789] Terecht werd reeds vijf jaar na de invoering van de Richtlijn door de doctrine geopperd dat die onbeschermde 'kleine' professionelen

> " *se trouvent coincés entre deux réalités:* „[790]

er zijn met name bedingen die ze enerzijds niet mogen gebruiken ten aanzien van consumenten, terwijl die hun wel door sterkere economische actoren kunnen worden opgedrongen.[791] Hoezo is dit bevorderlijk voor de realisatie van een vrije, interne markt?

[785] Zo kan, zowel in België als in Italië, worden gedacht aan de bescherming van de *franchisee* als zwakkere medecontractant. Zie m.n. resp. art. X.26 t.e.m. X.34 WER en legge (IT) 6 mei 2004, n. 129 'norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale', *GU* 24 mei 2004, n. 120. In Italië zijn er ook de adviezen van de gezaghebbende *Camere di commercio* (zie *infra*, nr. 551), die eveneens over oneerlijke bedingen in zgn. *B2B*-overeenkomsten handelen en als *best practices* worden beschouwd. Zie E. BATTELLI, *Camere di commercio*, 132-134 en 158-161.

[786] Zie B. LURGER, *The Future of European Contract Law*, 455, in het bijzonder vn. 57; V. ROPPO, *To Asymmetric Contracts: a Trend?*, 311-314.

[787] O. LANDO, *Justice in Contract Law*, 830. Vgl. H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 31.

[788] *Cf.* COM(2000)248 def., 32.

[789] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 28-29, nr. 5; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 35-36.

[790] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 3. Zo ook E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 36.

[791] *Cf.* COM(2000)248 def., 31-32.

5. TEGENSTELBAARHEID & VORMVOORWAARDEN

“ ***Verba volant, scripta manent.*** **„**

— Latijns gezegde.

279. **Opzet. –** De tegenstelbaarheid en de vormvoorwaarden van bedingen worden hieronder niet *in extenso* behandeld.[792] Integendeel wordt volstaan met een kort overzicht van de meest interessante bemerkingen van deze *formele controle*[793]. Het verdient overigens bemerking dat in het Engelse recht de inhoudelijk toetsing van bedingen op hun *fairness* oorspronkelijk via de rechtspraak inzake de tegenstelbaarheid van bedingen zijn intrede deed.[794]

280. ***Quid*** **tegenstelbaarheid en vormvoorwaarden? –** Met het aspect van de tegenstelbaarheid wordt met name gedoeld op het vraagstuk of bepaalde bedingen überhaupt deel uitmaken van de overeenkomst tussen de consument en de professioneel, de kwestie van de ‘incorporatie’ van bepaalde bedingen in de contractuele relatie. Met vormvoorwaarden wordt daarentegen gerefereerd naar de formele eisen die worden gesteld opdat een beding rechtsgeldig ‘bestaat’ voor de rechtsorde.

281. **De Richtlijn zwijgt en vindt toepassing op mondelinge overeenkomsten. –** In de Richtlijn Oneerlijke Bedingen zijn noch voorwaarden voor tegenstelbaarheid, noch wat betreft de vorm van bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en professionelen opgenomen.[795] Terecht leidt I. DEMUYNCK verder uit bepaalde onderdelen van de Richtlijn[796] af dat het regime inzake oneerlijke bedingen niet enkel toepassing vindt op schriftelijke of toetredingsovereenkomsten, maar evenzeer op mondelinge overeenkomsten en op overeenkomsten die niet “in standaardvorm gegoten” zijn.[797] Het belang van de toepasbaarheid op mondelinge overeenkomsten is evenwel gering[798], zodat een nadere bespreking van die situatie in onderhavige verhandeling niet past. Op de

[792] Voor een uitgebreide pan-Europese benadering, zie H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 282 e.v.
[793] P. NEBBIA, *Study*, 45.
[794] R. BRADGATE, “Experience in the United Kingdom” in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L’integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, (26) (hierna: R. BRADGATE, *Experience in the UK*) 26.
[795] *Cf.* M. LOOS, “Transparency of Standard Terms under the Unfair Contrat Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law”, *ERPL* 2015, (179) (hierna: M. LOOS, *Transparency*) 181.
[796] Zie m.n. artikel 3.2 en considerans 11 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[797] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 71.
[798] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 68-69, nr. 82-83; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 72.

wetenschap dat de kwestieuze overeenkomst niet noodzakelijk een toetredingsovereenkomst hoeft te betreffen, werd reeds ingegaan in randnummer 095.

282. **Belgisch Wetboek Economisch Recht. –** Ook ons Wetboek Economisch Recht zwijgt over enige vereiste van geschrift, waardoor terecht wordt besloten dat ook mondelinge overeenkomsten onder het beschermingsregime vallen. Er zou kunnen bepleit worden dat *de lege ferenda* een bepaling zoals in de materie van het auteursrecht[799] wordt opgenomen, waarbij de wet met name bepaalt dat jegens de consument "alle overeenkomsten schriftelijk bewezen" worden. Zulks lijkt te moeten aansluiten bij de gedachtegang achter de bescherming van de consument.

283. **Belgisch gemeen recht. –** Met betrekking tot de voorwaarden inzake tegenstelbaarheid is het voorts tevergeefs zoeken naar criteria in Belgische wetgeving. Dit verhinderde de rechtspraak evenwel niet om specifieke vereisten te stellen op dit punt.[800] Gemeenrechtelijk worden algemene contractvoorwaarden namelijk slechts geacht deel uit te maken van een specifieke contractverhouding, wanneer de wederpartij (1) redelijkerwijze kennis kon nemen van de inhoud van die voorwaarden vóór, of ten laatste ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en (2) deze voorwaarden door die wederpartij werden aanvaard.[801]

284. **Italiaans gemeen recht. –** Ook de Codice del consumo bevat geen bepalingen met betrekking tot de vorm van de overeenkomst. In het Italiaanse burgerlijk wetboek is dit daarentegen wel het geval. Zoals uiteengezet[802] is in die Codice civile immers reeds sinds de afkondiging een (louter) formele bescherming ingebouwd tegen toetredingsovereenkomsten. Deze bescherming geldt ongeacht de hoedanigheid van de

[799] Vgl. art. XI.167, §1, tweede lid WER.

[800] Zie voor overzichtelijke besprekingen van die criteria: D. BRULOOT en R. STEENNOT, "Clausules i.v.m. de tegenwerpelijkheid van de algemene voorwaarden" in G.L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 9-17; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 89-141, nr. 104-166; L. CORNELIS en I. CLAEYS, "De tegenstelbaarheid van algemene bankvoorwaarden en hun eenzijdige wijziging" in J.P. BUYLE en M. TISON (eds.), *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, 78; H. DE WULF, B. KERISBLICK en E. TERRYN, "Overzicht van rechtspraak handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010", *TPR* 2011, (925) 972; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1993, 127; C. DUMONT DE CHASSART, "De tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden 'offline'" in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 1-30; D. PHILIPPE en M. CHAMMAS, "L'opposabilité des conditions générales" in M. VANWIJCK en P. WÉRY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Larcier, 2004, 189-328; J. SCHRAEYEN (ed.), *Algemene voorwaarden*, Gent, Larcier, 2012, 11-29; R. STEENNOT, "De tegenwerpbaarheid van algemene voorwaarden" (noot onder Vred. Thuin 7 januari 2013), *T.Vred.* 2013, 574-579; R. VAN DER BRUGGEN, "Het no-showbeding in algemene vliegvoorwaarden: over de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden en de algemene verplichting tot informatie van de consument" (noot onder Brussel (16) 23 maart 2012), *DCCR* 2013, 55-67; K. VANDERSCHOT, "Instemming met de algemene voorwaarden: kennisname en aanvaardingsclausules" in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de niet-uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 1-39.

[801] R. STEENNOT, "De tegenwerpbaarheid van algemene voorwaarden" (noot onder Vred. Thuin 7 januari 2013), *T.Vred.* 2013, (574) 574-575, nr. 1; R. STEENNOT, "Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid van algemene voorwaarden en de bewijskracht van de factuur" in *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2013, (1) (hierna: R. STEENNOT, *Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid*) 2-5, nr. 4-10.

[802] Zie *supra*, nr. 101.

wederpartij: het is dus niet vereist dat het een overeenkomst tussen een consument en een professioneel betreft.

285. **Voorwaarde van *conoscenza* of *conoscibilità*: algemeen. –** Met name instaureert artikel 1341 van de Codice civile een dubbel regime. Vooreerst wordt algemeen vereist dat algemene contractvoorwaarden slechts uitwerking ressorteren jegens de wederpartij,

> **"** *se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.* **„**[803]

Dit wordt gewoonlijk benoemd als de vereiste van *conoscenza o conoscibilità* (kennis of kenbaarheid) die moet zijn voldaan vóór de contractsluiting.[804] De bewijslast van de naleving ervan rust op de partij van wie de overeenkomst uitgaat.[805]

286. **Voorwaarde van *conoscenza* of *conoscibilità*: ook de inhoud. –** De kennis-of-kenbaarheidsvereiste strekt zich ook uit tot de begrijpelijkheid van de inhoud van het beding. Evenwel volstaat het dat een normaal zorgvuldig *persoon* (niet: consument) de inhoudelijke informatie oppervlakkig kan vatten.[806] Een link met de transparantievereiste uit de Richtlijn is niet ver te zoeken.[807]

287. **Lijst in de Codice civile. –** Ten tweede werd een limitatieve[808] lijst[809] van bedingen opgenomen waarvan het wetboek *specifiek* schriftelijk bewijs vereist.[810] Hoewel die lijst niet dient te worden verward met de lijsten met oneerlijke bedingen uit de Codice del consumo, worden de opgesomde bedingen niettemin ook soms *clausole vessatorie*[811], dan wel *clausole onerose* (bezwarende bedingen)[812] genoemd.

288. **Voorwaarde van *specifiek* schriftelijk bewijs. –** De voorwaarde van *specifiek* geschrift komt er op neer dat de wederpartij, die al dan niet een consument is, die bedingen apart dient te ondertekenen. Er wordt dus meer vereist dan de loutere ondertekening van de overeenkomst zelf.[813] De praktijk aanvaardt evenwel dat naast de overeenkomst één apart document met alle bezwarende bedingen (samen) wordt ondertekend[814], waardoor wordt gewaagd van het 'systeem van de dubbele handtekening'[815]. De 'sanctie' houdt – naar de letter van de wet – in dat de bedingen niet-tegenwerpelijk zijn ten aanzien van de wederpartij; zij maken met andere woorden geen deel uit van de overeenkomst.[816] Die

[803] "*als deze die op het moment van het sluiten van de overeenkomst kende of had moeten kennen, gelet op een normale zorgvuldigheid (diligentie).*" Art. 1341, eerste lid c.c.
[804] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 5.
[805] L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[806] P. NEBBIA, *Study*, 49-50.
[807] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 5. Zie *infra*, nr. 320.
[808] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 9-10; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[809] Over de inhoud van die lijst, zie *infra*, nr. 369.
[810] Art. 1341, tweede lid c.c.
[811] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 7; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[812] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[813] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 7; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[814] P. NEBBIA, *Study*, 50.
[815] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 6-7.
[816] L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.

sanctie is evenwel niet onbetwist: zo wordt het onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve niet-tegenwerpelijkheid en wordt er ook geopperd dat er integendeel sprake is van *nullità*[817] (nietigheid).[818]

289. **Illusoire bescherming. –** Hoewel de rechtspraak zich streng lijkt op te stellen ten aanzien van de wettelijke formaliteiten[819], moet er toch worden besloten dat deze louter formele/procedurele voorwaarden weinig effectief, zelfs illusoir zijn:[820]

> **“** *basta una doppia firma dell'aderente per rendere la clausola, benché vessatoria, inoppugnabile.* **„**[821]

290. **Communautaire rechtspraak. –** Tot slot vermeldenswaardig is dat het Hof van Justitie, ondanks het feit dat de tegenstelbaarheid niet tot het geharmoniseerde gebied behoort, de materie van de precontractuele fase toch reeds marginaal aanraakte. Dit gebeurde met name in het kader van de invulling van de criteria van de open norm[822] in combinatie met de (verderop behandelde) transparantievereiste uit artikel 5 van de Richtlijn. Naar het oordeel van de Unierechter moet namelijk ook de duidelijkheid voor de consument van de gevolgen van het contracteren mede in aanmerking worden genomen om vast te stellen of aan de criteria uit de norm inderdaad werd voldaan. De precontractuele informatie die met name door de professioneel wordt aangedragen, staat de consument toe om in vrijheid te beslissen of hij wenst te contracteren onder de voorgestelde voorwaarden.[823] In zekere zin stelt het Hof hier dan ook vereisten die vergelijkbaar zijn met de tegenstelbaarheidsvoorwaarden uit het nationale recht; de sanctie bestaat er daarentegen niet in dat het beding niet tegenstelbaar wordt geacht jegens de consument, doch wel dat het (in België en Italië) – via de open norm – omstandig nietig kan worden verklaard naar nationaal recht.

[817] Zie *infra*, nr. 435 t.e.m. 437.
[818] Zie E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 8-9.
[819] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 89, nr. 1. Vgl. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 7.
[820] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 87, nr. 1 en 89, nr. 1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 19; P. NEBBIA, *Study*, 45; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 5; Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*, 9.
[821] "*een dubbele handtekening van de toetredende partij volstaat om het – nochtans oneerlijke – beding onaanvechtbaar te maken*." A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 89, nr. 1.
[822] Art. 3.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie *infra*, nr. 328 e.v.
[823] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 44 en arrest Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, punt 25. Zie *infra*, nr. 294.

6. TRANSPARANTIE

" *Fiat lux*. „[‡]

— *Bijbel* (*Nova Vulgata Bibliorum Sacrorum Editio*), Gen. 1.3.

291. **Drie bepalingen inzake transparantie. –** Op drie plaatsen in haar bepalend deel voorziet de Richtlijn Oneerlijke Bedingen voorschriften inzake transparantie. Vooreerst vereist de Richtlijn dat schriftelijke bedingen in consumentenovereenkomsten steeds *duidelijk en begrijpelijk* zijn opgesteld.[824] Ten tweede leest het dat bij twijfel over de betekenis van een beding, in beginsel de voor de consument meest gunstige interpretatie geldt.[825] Dit is het zogenaamde principe van de *interpretatio contra proferentem*. Een derde bepaling inzake de transparantie werd hiervoor reeds aangeraakt[826]: met name worden de zogenaamde *essentiële bedingen* pas uitgesloten van het toepassingsgebied van de Richtlijn, indien deze eveneens *duidelijk en begrijpelijk* zijn.[827] Zijn zij dit niet, dan kunnen ze dus wel worden getoetst.

292. **Tweemaal duidelijkheid en begrijpelijkheid. –** De eerst- en laatstgenoemde regels worden hierna samen behandeld. Immers wordt algemeen aanvaard dat beide vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid op dezelfde wijze interpretatie behoeven. Zulks werd overigens expliciet bevestigd door het Hof van Justitie.[828]

293. **Richtlijn Consumentenrechten. –** Preliminair past het ten slotte erop te wijzen dat het onderstaande enkel handelt over de transparantie van bedingen. Op het vraagstuk of er een actieve, precontractuele informatieverplichting is ten voordele van de consument wordt niet nader ingegaan. Ter zake wordt evenwel verwezen naar de besprekingen van de recente Richtlijn Consumentenrechten.[829]

[‡] "*Laat er licht zijn.*"
[824] Art. 5, eerste zin Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[825] Art. 5, tweede zin Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[826] Zie *supra*, nr. 133.
[827] Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[828] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 69 en arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 73.
[829] Art. 5.1 Richtlijn Consumentenrechten (omgezet in ons art. VI.2 WER) installeert immers een verregaande precontractuele informatieverplichting voor professionelen bij het sluiten van alle consumentenovereenkomsten. Zie hierover uitgebreid, A. DE BOECK, "General Information Obligations in Belgian (and French) Law of Obligations *versus* Article 2 of Book VI on 'Market practices and consumer protection' in the Belgian Economic Law Code", *REDC* 2013, 399-413.

6.1. DUIDELIJKHEID EN BEGRIJPELIJKHEID

294. ***Forma ad informationem*. –** De transparantievereiste is diep geworteld in het communautaire acquis[830] en heeft potentieel een groot voordelig effect in het consumentenrecht. De duidelijkheid en begrijpelijkheid strekt er immers toe het mogelijk te maken dat de consument bewust is van zijn rechten en plichten, dat hij weet waartoe hij zich verbindt.[831] Sommige rechtsleer pleegt zelfs te spreken van een nieuw soort van formalisme. Naast of in plaats van de traditionele pleegvormen die worden vereist voor de geldigheid (*forma ad substantiam*) of het bewijs (*forma ad probationem*) van een rechtshandeling[832], wordt thans een informatieve pleegvorm (*forma ad informationem*) gevonden.[833]

6.1.1. *QUID* 'DUIDELIJK EN BEGRIJPELIJK'?

295. **Nederlandse perikelen. –** De omzetting van de twee bepalingen uit de Richtlijn die duidelijkheid en begrijpelijkheid vereisen van bedingen heeft noch in België[834], noch in Italië[835] noemenswaardige problemen opgeleverd. In Nederland was dat nochtans wel het geval. Geen van de transparantievereisten werden oorspronkelijk immers geïmplementeerd omdat gemeend werd dat het toenmalige Burgerlijk Wetboek de bescherming uit de Richtlijn onderving.[836] Voor het Hof van Justitie volstond een richtlijnconforme interpretatie van het Nederlandse recht evenwel niet om te besluiten dat ook de transparantievereisten geïmplementeerd waren.[837]

296. **Italië. –** De Italiaanse wet gebruikt dezelfde terminologie van de Richtlijn en poneert met name dat geschreven bedingen "*in modo chiaro e comprensibile*"[838] dienen te worden opgesteld. Het toepassingsgebied is er evenwel niet beperkt tot toetredingsovereenkomsten of schriftelijke bedingen.[839] Over de betekenis van de (Italiaanse) begrippen werd gediscussieerd. Een deel van de rechtsleer[840] beschouwde ze

[830] H.W. MICKLITZ, "Workshop 4 – Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art. 5)" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, (158) (hierna: H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*) 159; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 396.
[831] P. NEBBIA, *Study*, 136. *Cf.* arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 44.
[832] Vgl. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 80-81.
[833] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 105-106, nr. 7. Vgl. J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*, 24-25, nr. 30.
[834] Thans art. VI.37, §1, VI.82, tweede lid (algemene transparantievereiste) en VI.82, derde lid, *in fine* (transparantievoorwaarde bij kernbedingen) WER.
[835] Thans art. 35, eerste lid (algemene vereiste) en 34, tweede lid, *in fine* cod.cons.
[836] Zie *supra*, nr. 071.
[837] Arrest Commissie t. Nederland, EU:C:2001:257.
[838] "*op heldere* (*duidelijke*) *en begrijpelijke wijze*". Art. 35, eerste lid cod.cons.
[839] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 106, nr. 7.
[840] M. ONORATO, "Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore", *Rivista di diritto civile* 2007, 603.

als synoniemen die duiden op een *linguïstisch gegeven* ten aanzien van de consument.[841] Anderen maakten daarentegen een onderscheid.

297. **Taalproblemen. –** Ook in de communautaire rechtsleer wordt vaak een onderscheid in betekenis bepleit. Wanneer het evenwel gaat over wat die specifieke betekenissen dan wel moeten zijn, lijkt er weinig consistentie te zijn in de rechtsleer. Dit is uiteraard voornamelijk zo tussen gebruikers van verschillende talen. Zo stelt bepaalde Engelse rechtsleer dat "*plain language*" (het equivalent van *duidelijk*) zich van "*intelligible language*" (*begrijpelijk*) onderscheidt, in de zin dat de eerste term erop slaat dat een begrip niet 'verrassend' is, geen twijfels of misverstanden kan teweegbrengen, terwijl de tweede term slaat op de stijl en afdruk van het beding.[842] Italiaanse rechtsleer bepleit het tegengestelde en oppert met name dat "*chiarezza*" slaat op het grafische aspect, en "*comprensibilità*" op de inhoudelijke formulering.[843] Ook het Frans ("*claire et compréhensible*")[844] en Duits ("*klar und verständlich*")[845] lijken daar op aan te sluiten. Het Nederlands is o.i. dan weer een ander geval: *duidelijk* en *begrijpelijk* lijken met name nog dichter bij elkaar te liggen dan de termen gebruikt in de andere talen.[846] Het komt dan ook voor dat de normgevers beter hadden geopteerd voor een vereiste van *leesbaarheid*[847] en duidelijkheid.

6.1.2. HOE DUIDELIJK EN BEGRIJPELIJK?

298. **Hof van Justitie. –** De discussie over de exacte draagwijdte van de voornoemde woorden is ondertussen evenwel volledig naar de achtergrond verdwenen. Immers blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de transparantievereiste uit de Richtlijn nog veel verder gaat. Hieronder volgt dan ook een overzicht van de beslechte aspecten.

299. **Wettelijke rechten. –** Eerst en bovenal dient de strekking van de transparantievereiste onder de aandacht te worden gebracht: *wat* moet nu precies "duidelijk en begrijpelijk" zijn? Het staat vooreerst buiten kijf dat zowel formele[848] als grammaticale transparantie door de Richtlijn worden geviseerd.[849] In de zaak Nemzeti t.

---

[841] *Cf.* A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 107, vn. 53.

[842] M. HERINGTON en S. BROTHERS, "Unfair Terms and Consumer Contract Regulations", *International Insurance Law Review* 1995, 263; P. NEBBIA, *Study*, 136. *Contra*: LAW COMMISSION (UK), *New Approach? – Summary*, 13, nr. S.73 (waar *plain and intellegible* wordt afgescheiden van *legible* en *readily available*); H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 396.

[843] A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milaan, Giuffrè, 2008, 128; P. GIAMMARIA, "Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori" in G. ALPA en S. PATTI (eds.), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, Milaan, Giuffrè, 1997, I, 669.

[844] *Cf.* E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 144-145, nr. 288.

[845] *Cf.* K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 143.

[846] *Cf.* S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 148, nr. 14, waarin gesteld wordt dat "duidelijk en begrijpelijk" resp. slaat op de afwezigheid van twijfels en misverstanden, en op de 'bevattelijkheid'.

[847] Vgl. art. 31.1 van het voorstel Richtlijn Consumentenrechten (COM(2008)614 def.). Zie E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 159, nr. 28.

[848] Onder *formele* transparantie moet o.a. de schrijfstijl, afdrukwijze, lettergrootte *etc.* worden begrepen.

[849] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 69 t.e.m. 71, arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 73 en arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 40. H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 396.

Invitel overwoog het Hof evenwel dat het vereist is dat de contracterende onderneming de consument via haar algemene voorwaarden in kennis stelt van bepaalde *wettelijke* rechten en verplichtingen waarvan die consument titularis is.[850] Een parallel met de Richtlijn Consumentenrechten dringt zich op. Ook die richtlijn installeert namelijk een transparantieplicht, maar dan in het kader van de algemene precontractuele informatieplichten. Artikel 5.1, e)[851] verplicht de professioneel immers om de consument, vóór het sluiten van de overeenkomst, te herinneren aan het bestaan van de *wettelijke* waarborg van consumentengoederen.

300. **Economische gevolgen inschatten. –** Evenwel gaat het Hof nog een stap verder. Er is met name evenzeer vereist dat bedingen in die mate transparant zijn dat ze de consument in staat stellen om de economische gevolgen van de overeenkomst in te schatten[852], zodat die consument met volle kennis van zaken kan kiezen of hij zich tot de overeenkomst wil binden[853].

301. **Economische gevolgen inschatten: *ratio decidendi*. –** Dat de consument de economische gevolgen uit een beding moet kunnen afleiden wordt ondersteund door de finale doelstelling van de oneerlijkebedingenleer, namelijk dat de consument contractueel op hetzelfde niveau als de professioneel komt te staan en zich zo een volwaardige wil kan vormen. De transparantieplicht met betrekking tot de gevolgen poogt aldus de consumentonvriendelijke informatieasymmetrie[854] te helen.

302. **Economische gevolgen inschatten: hoe ver? –** De beschreven transparantie-eis inzake de economische gevolgen werd uitdrukkelijk bevestigd in de arresten Kásler en Matei[855], maar ligt in de lijn met voorbodes in de communautaire rechtspraak.[856] Evenwel stelt zich de vraag hoe ver die vereiste transparantie ten opzichte van de economische gevolgen zich strekt. Zo kan op grond van de voornoemde arresten worden beargumenteerd dat het *de iure condito* vereist is dat, naast de eigenlijke gevolgen voor de consument, zelfs de (bestaans)reden van een bepaald beding duidelijk is, opdat het voldoende transparant zou zijn.[857] In elk geval is het volgens de Unierechter in het kader van verzekeringsovereenkomsten vereist dat de consument ook de "bijzonderheden van

[850] Arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 29 en 30. Zie, over transparantie in het licht van dit arrest en arrest RWE Vertrieb, C. LEONE, "Transparency revisited – on the role of information in the recent case-law of the CJEU", *ERCL* 2014, 312-325 (hierna: C. LEONE, *Transparency revisited*), vnl. 317-318.
[851] In België werd dit omgezet in art. VI.2, 5° WER, dat een veel verregaandere verplichting oplegt aan de onderneming, dan wat het geval was onder art. 4 WMPC.
[852] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 73 t.e.m. 75.
[853] Vgl. arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 44.
[854] Zie *supra*, nr. 057.
[855] Arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 73 en 74.
[856] Zie m.n. arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 29 en 30, waarin wordt overwogen dat de professioneel verplicht is de consument via zijn algemene voorwaarden van diens wettelijke rechten in kennis te stellen, alsook arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 44, ook aangehaald *supra*, nr. 290.
[857] Zie m.n. arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 75, waarin het Hof – zonder evenwel zelf de term "reden" te gebruiken – positief antwoordt op de prejudiciële vraag die (wel) van de transparantie van de reden gewaagt (zie punt 60 en 73). Ook in het arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 77 wordt gewag gemaakt van de "transparante wijze (…) wat de reden is voor de vergoeding".

het mechanisme voor betaling van (…) aflossingen (…) en de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen" begrijpt.[858]

6.1.3. MAATSTAF EN REIKWIJDTE

303. **Zware verplichting voor de professioneel. –** Er zijn uiteraard argumenten *contra* zo'n verregaande informatieplicht in te brengen. Immers hoeft het weinig betoog dat de verplichting om iets dermate duidelijk te formuleren dat de medecontractant in staat is om zelf de economische gevolgen te begrijpen, een zware verplichting op de professioneel legt en tevens weinig rechtszekerheid biedt.[859]

304. **Gemiddelde consument. –** Veel (en met name de eventuele aansprakelijkheid van de professioneel) hangt uiteraard af van de *referentieconsument*, dat wil zeggen: de (hypothetische) figuur voor wie de gevolgen duidelijk moeten zijn, de consument vanuit wiens oogpunt wordt gekeken bij het beoordelen van de transparantie.[860] Op dit aspect vereist de Unierechter niet dat de professioneel kan bewijzen dat hij de concrete consument-medecontractant op voldoende transparante wijze informeerde; integendeel bevestigde het Hof dat er moet worden geoordeeld vanuit het oogpunt van de *informed consumer*, de "normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument".[861]

305. **Beoordeling *in abstracto* en met een gemiddeld aandachtsniveau. –** De professioneel moet er dus voor zorgen dat de bedingen die hij gebruikt in consumentenovereenkomsten in die zin "duidelijk en begrijpelijk" zijn dat een normaal geïnformeerde consument ze begrijpt en de (economische) gevolgen ervan kan inschatten.[862] Er is dus sprake van een beoordeling *in abstracto*[863], uitgaande van een gemiddeld aandachtsniveau.[864] De figuur van de *minder aandachtige* of *bijzonder kwetsbare* consument geldt aldus in beginsel niet als maatstaf in het leerstuk van de oneerlijke bedingen, althans voor wat de transparantievereiste[865] betreft.[866]

306. **Variabiliteit van het aandachtsniveau. –** Een o.i. ander, nog onopgelost vraagstuk betreft verder de *variabiliteit* van de aandacht van de abstracte consument: wordt die

[858] Arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 41.
[859] Zie, uitgebreider, mijn noot "Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen." (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *TBBR* 2015, (153) (hierna: *noot Kásler*) 160, nr. 30.
[860] *Cf.* H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 159-160; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 518-519, nr. 882.
[861] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 72, arrest Matei, EU:C:2015:127, punt 75 en arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 47. Zie over de *referentie-* ofte *conceptconsument*, G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*, 19-20.
[862] Vgl. het concept van de *rechtmatige verwachtingen van de consument* uit H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 159.
[863] *Contra* (doch *d.d.* vóór arrest Kásler): A. DE BOECK, *Information Obligations*, 403 en 411.
[864] Conclusie Kásler, EU:C:2014:85, punt 74.
[865] Inzake de sanctie wordt met name geopperd dat het Hof van Justitie (impliciet) wel het beeld van de zwakke, ongeïnformeerde consument voorhoudt. Zie *infra*, nr. 478.
[866] *Contra* (doch *d.d.* vóór arrest Kásler): P. NEBBIA, *Study*, 141.

aandacht met name geacht te wijzigen naargelang de soort transactie en het type overeenkomst, alsook haar economische waarde, of moet steeds worden uitgegaan van een zelfde aandachtsniveau[867]? De eerste oplossing lijkt de voorkeur te genieten. Zij komt immers het meest billijk over en zou analoog lopen met de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken[868]. Het recente arrest Van Hove lijkt die stelling te onderschrijven. Het Hof overweegt met name het volgende:

> " *Van de consument kan namelijk* niet *worden* verlangd *dat hij bij de sluiting van onderling verbonden overeenkomsten* even oplettend *is, wat de omvang van de door die verzekeringsovereenkomst gedekte risico's betreft, als wanneer hij die overeenkomst en de kredietovereenkomsten afzonderlijk had gesloten.* „[869]

307. **Onduidelijke grenzen. –** Voorts moet tot slot meer algemeen worden vastgesteld dat de volledige draagwijdte van de transparantievereiste op heden evenmin duidelijk is op grond van de Europese rechtspraak.[870] Is bijvoorbeeld het gebruik van juridisch vakjargon al voldoende om bij bepaalde consumentenovereenkomsten te besluiten tot een gebrek aan transparantie?[871] Is er een recht om als consument de bedingen te ontvangen in een bepaalde taal?[872] Moet de transparantie van een beding niet eerder (of tevens) worden beoordeeld op het ogenblik waarop de consument er naar teruggrijpt – lees: in de uitvoeringsfase?[873] *Quid* met een erg lange lijst met algemene voorwaarden, of algemene voorwaarden die in een bepaalde (onlogische) volgorde of vreemde structuur werden gegoten[874], dan wel de situatie waarin de door de consument te betalen vergoeding verspreid staat over verschillende bedingen? De vereiste van duidelijkheid vereist duidelijk meer duidelijkheid.[875]

6.1.4. SANCTIE?

308. **Kernbeding *versus* geen kernbeding. –** *Quid* nu indien wordt vastgesteld dat een beding niet voldoet aan de gestelde transparantievereisten? Een onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval waarin het niet-transparante beding een kernbeding is en de omstandigheid waarin het dat niet is. In het eerste geval is immers uitdrukkelijk een

[867] Een argument voor een gelijk aandachtsniveau leek te kunnen worden gevonden in het arrest Kásler. Zie hierover mijn *noot Kásler*, 160, nr. 29.
[868] Zie m.n. art. VI.93WER.
[869] Arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 48. Eigen cursivering.
[870] Zie bv. de vele vraagstukken en bijhorende discussies in H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 165-170.
[871] *Prima facie* lijkt niks er inderdaad aan in de weg te staan dat het gebruik van juridisch jargon de kwalificatie als onduidelijk beding met zich kan meebrengen (*cf.* H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 397 en 398).
[872] *Cf.* H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 143, nr. 3.17; H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 285.
[873] C. LEONE, *Transparency revisited*, 321-323.
[874] Vgl. H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*, 80.
[875] Vgl. het advies van de *Law Commission* in het Verenigd Koninkrijk om op meer gedetailleerde wijze uiteen te zetten wanneer kernbedingen toch kunnen worden gecontroleerd op oneerlijke bedingen. Dit is met name het geval als zij niet vallen onder wat in het dagelijks taalgebruik *small print* wordt genoemd. Naast een transparantiecriterium staat de *Commission* met name een vereiste van *prominentie* na. Zie LAW COMMISSION (UK), *New Approach? – Summary*, 9-10, nr. S.52-S.59.

sanctie voorzien: het beding valt niet langer buiten het beschermingsgebied en wordt toetsbaar.[876] In de tegengestelde omstandigheid is er evenwel geen enkele uitdrukkelijke sanctie voorhanden, waardoor zich de vraag stelt naar de gevolgen van een vaststaande inbreuk op de transparantie-eis.[877] De rechtsleer ontwaart een arsenaal aan mogelijkheden.

309. **Monistische stelling. –** Een eerste stelling houdt in dat de regel van de interpretatie *contra proferentem*[878] uit het tweede lid van artikel 5 van de Richtlijn als enige 'sanctie' moet worden aanzien.[879] Deze *monistische* these leest artikel 5 van de Richtlijn als een geheel en ziet dus de interpretatieregel als het voorgeschreven gevolg bij gebrekkige transparantie.[880]

310. **Pluralistische stelling. –** Bepaalde rechtsleer verwerpt die idee totaal. Immers wordt door hen beargumenteerd dat de twee regels uit artikel 5 van de Richtlijn twee aparte, autonome normen zijn.[881] Deze *pluralistische* strekking merkt met name treffend op dat een interpretatieregel pas toepassing kan vinden indien er ambiguïteit is. Het gebrek aan transparantie in een beding betekent echter niet *per se* dat dat beding voor meerderlei interpretatie vatbaar is.[882] Daarnaast ontstaat aldus het gevaar dat rechters te snel tot ambiguïteit besluiten om de interpretatieregel te kunnen toepassen, zoals eerder in het Engelse recht.[883]

311. **Intermediaire stelling. –** Een meer gematigde these aanvaardt tot slot dat de interpretatieregel één van de mogelijke gevolgen uitmaakt, maar stelt voorts dat er nog

[876] Art. 4.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Dit betekent evenwel niet dat zij *per se* ook oneerlijk zijn (E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 81-82; E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 165-166, nr. 36). Sommige auteurs betogen overigens dat de oneerlijkheid in dat geval enkel op grond van de gebrekkige transparantie kan worden vastgesteld (E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 533, nr. 905).

[877] G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 54; M. LOOS, *Transparency*, 182-183 en 184; H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 165; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 82; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 334; E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 158, nr. 27. Volgens K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 143 moet niet worden gezocht naar een communautaire sanctie, maar komt het toe aan de lidstaten zelf om een gepaste sanctie te kiezen.

[878] Zie *infra*, nr. 321 e.v.

[879] C. BIQUET-MATHIEU, "Les contrats du consommateur en Belgique" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, (37) (hierna: C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*) 53, nr. 28; P. FORCHIELLI, "Clausole abusive e disciplina vigente dell'interpretazione" in C.M. BIANCA en G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione delle directiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, CEDAM, 1996, 462; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 9.

[880] Zie A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 107, nr. 7; P. NEBBIA, *Study*, 137.

[881] G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 54 (schijnbaar); S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Roma, Giuffrè, 2000, 94; M. ONORATO, "Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore", *Rivista di diritto civile* 2007, (603) 608.

[882] Zie A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 107, nr. 7.

[883] R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 27-28. Vgl. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 151, nr. 308.

andere sancties zijn.[884] Voornoemd artikel bevat dus te *onderscheiden* doch niet noodzakelijk volstrekt *gescheiden* normen.[885]

312. **Oneerlijk want niet transparant? –** Wanneer wordt aangenomen dat een onduidelijk beding (ook) gesanctioneerd kan worden op een andere wijze dan via de interpretatie, kan men zich afvragen of zo'n niet-transparant beding dan *ipso facto* oneerlijk kan/moet worden bevonden?[886]

313. **Eén element in de beoordeling. –** In elk geval moet worden aanvaard dat het gebrek aan duidelijkheid en begrijpelijkheid één van de elementen van de beoordeling van het oneerlijk karakter uitmaakt. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen stelt immers dat "alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst" in aanmerking moeten worden genomen.[887] Ook de formulering van de bedingen valt daar onder. De Belgische wetgever heeft er voorts voor gekozen om de transparantie van een beding uitdrukkelijk als zo'n omstandigheid in de wettekst op te nemen.[888]

314. **Bijkomstig criterium voor de open norm? –** Het is dus duidelijk dat het gebrek aan transparantie zeker één element in de beoordeling van het oneerlijk karakter van een beding kan zijn.[889] Edoch, is het ook een voldoende element om tot oneerlijkheid te besluiten? Kan de transparantie met andere woorden worden toegevoegd aan de open norm als alternatief, naast de *aanzienlijke verstoring van het evenwicht* en (eventueel) *strijdigheid met de goede trouw*[890]?

315. ***Pro* transparantie als zelfstandige grond voor oneerlijk karakter van beding. –** Verschillende stemmen zijn alvast die interpretatie genegen.[891] Ook de Italiaanse rechtspraak lijkt in die zin te oordelen.[892] Die optiek wordt ondersteund door de bedoeling

[884] A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milaan, Giuffrè, 2008, 190 e.v.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 82 en 83; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 399; B. SIRGIOVANNI, "L'intepretazione del contratto non negoziato con il consumatore", *Rassegna di diritto civile* 2006, 759.
[885] Zie A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 108, nr. 7.
[886] E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 144, nr. 287; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 399-400.
[887] Art. 4.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[888] Art. VI.82, tweede lid WER. Zie ook F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*, 29, nr. 86-87; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 523, nr. 891.
[889] H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 165. Dit lijkt alvast het geval in Duitsland. Zie E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 523-524, nr. 892.
[890] Zie hierover *infra*, nr. 343.
[891] M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 59; B. KEIRSBLICK, "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: *Pereničová and Perenič*" (noot onder arrest Pereničová, EU:C:2012:144), *CML Rev.* 2013, (247) (hierna: B. KEIRSBLICK, *Interaction between unfair terms and practices*) 260; LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 166*; S.T. MASUCCI, "Commento all'art. 1469 quater" in A. BARENGHI (ed.), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napels, Jovene, 1996, 155; H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 142-143, nr. 3.16; P. NEBBIA, *Study*, 139, OFFICE OF FAIR TRADING (UK) (1996) 1 *Unfair Contract Terms Bulletin* (OFT) 13; A. ORESTANO en A. DI MAJO, "Trasparanza e squilibrio nelle clausole vessatorie", *Corriere Giuridico* 2000, 523 en 528.
[892] Corte d'Appello (IT) Rome 24 september 2002, *Foro it.* 2003, I, 331 en Tribunale (IT) Rome 21 januari 2000 en 3 maart 2005, *Guida al Diritto* 2005, afl. 30, 62 (A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 109, nr. 7; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 59; P. NEBBIA, *Study*, 138).

van de normgevers om een zeer consumentvriendelijke regeling uit te werken. Het is immers duidelijk dat de aanwezigheid van ambigue bedingen in een consumentenovereenkomst de consument tot nadeel strekt.[893] Voorts verwijst de open norm ter bepaling van het onevenwicht naar *alle* omstandigheden, waaruit zou kunnen worden beargumenteerd dat ook één welbepaalde omstandigheid, zoals de transparantie, volstaat opdat er tot een onevenwicht kan worden besloten.

316. **Nog geen zekerheid uit de Europese rechtspraak: arrest Kásler. –** Uit de voormelde zaak Kásler kan o.i. vooralsnog geen besluit worden afgeleid op dit punt.[894] Onder meer werd daarin overwogen dat de formulering van een beding de consument in staat moet stellen de economische gevolgen van een beding in te schatten.[895] Het betrof *in casu* evenwel een kernbeding.[896] De 'sanctie' bestond er dan ook louter in dat het beding toetsbaar werd aan de criteria van de open norm, niet dat het *per se* ook oneerlijk werd bevonden. Er zou enerzijds kunnen worden beargumenteerd dat de beklemtoning van de vereiste duidelijkheid omtrent de economische gevolgen, aantoont dat het Hof meent dat die transparantie in die mate belangrijk is dat ze tot een kwalificatie als oneerlijk beding kan nopen. Echter valt ook het tegengestelde te beargumenteren: nergens in het arrest wordt immers gesteld dat het beding *ipso facto* oneerlijk is; integendeel wordt het aan de nationale rechter overgelaten te toetsen of het niet-transparant kernbeding oneerlijk is.[897]

317. **Nog geen zekerheid uit de Europese rechtspraak: arrest Van Hove. –** In het arrest Van Hove kan verder zelfs een argument in het voordeel van de voornoemde *monistische* stelling worden gevonden. Het Hof overweegt daar met name dat, indien de nationale rechter vaststelt dat een onduidelijk beding geen kernbeding is, de regel van de interpretatie *contra proferentem* in herinnering moet worden gebracht.[898]

318. **Internrechtelijke sanctie: schending van pleegvormen? –** Andere mogelijke sancties worden ten slotte gevonden op het nationale niveau. Een minderheidsvisie in Italië lijkt de transparantievereiste vooreerst als een substantieel vormvoorschrift te zien.[899] Een niet-transparante bepaling is in die zin dan ook een gebrek in de vorm en zulks wordt naar gemeen recht bestraft met nietigheid.[900]

319. **Internrechtelijke sanctie: aansprakelijkheid. –** Een meer overtuigende hypothese is evenwel die van de precontractuele aansprakelijkheid, die klassiek het bewijs van fout, schade en oorzakelijk verband vereist. Indien zulks wordt bewezen, zou aan de consument de keuze kunnen worden gegeven om het schadeherstel (*in natura*) te

[893] P. NEBBIA, *Study*, 139.
[894] *Contra*: M. LOOS, *Transparency*, 189, die meent te kunnen besluiten dat de gebrekkige transparantie quasi altijd zal doen besluiten tot de oneerlijke aard van het beding.
[895] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 74.
[896] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 61.
[897] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 62 en 74.
[898] Arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 49.
[899] M. ONORATO, "Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore", *Rivista di diritto civile* 2007, (603) 603.
[900] *Ex* art. 35, eerste lid cod.cons *j°* 1325 (dat de essentiële bestanddelen van een overeenkomst formuleert) *j°* 1418, tweede lid (nietigheidssanctie) c.c. Zie A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 109, vn. 63.

concretiseren, hetzij via de toepassing van de interpretatie *contra proferentem*, hetzij door de niet-uitwerking van het beding jegens de consument.[901] Dit vraagstuk betreft evenwel een kwestie van nationaal aansprakelijkheidsrecht, hetgeen buiten het opzet van deze verhandeling moet worden gesitueerd. Er wordt dan ook volstaan met erop te wijzen dat de aanwezigheid van de fout in het Belgisch recht weinig problemen zal opleveren. Iedere overtreding van de wet maakt *ipso facto* immers een fout uit.[902] Zulks is evenwel niet noodzakelijk zo in Italië.[903]

320. **Internrechtelijke sanctie: niet-tegenstelbaar. –** Tot slot is het ook mogelijk dat een gebrek aan transparantie reeds in een eerdere fase wordt afgestraft. Het is immers theoretisch mogelijk dat bepaalde lidstaten dermate strenge *tegenstelbaarheids*vereisten[904] hebben, dat een beding minstens zo duidelijk moet zijn als door het Hof van Justitie wordt vereist.[905] Noch de Belgische, noch de Italiaanse rechtsorde lijken evenwel dermate verregaande eisen te stellen.

6.2. INTERPRETATIE *CONTRA PROFERENTEM*

321. **Meest gunstige interpretatie. –** De Richtlijn Oneerlijke Bedingen poneert voorts nog een andere bepaling met betrekking tot transparantie. Artikel 5, tweede zin voorziet immers in een interpretatieregel *contra proferentem*. Zo er met name twijfel bestaat over de betekenis van een beding, dient dat beding te worden uitgelegd op een wijze die voor de consument het meest gunstig[906] is.

322. **Belgisch en Italiaans gemeen recht: tegen de opsteller. –** Deze regel sluit aan bij het gemeenrechtelijke beginsel van de *interpretatio contra stipulatorem*[907], in België

[901] A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milaan, Giuffrè, 2008, 108, vn. 57.
[902] R. DEKKERS *et al.*, *Handboek burgerlijk recht, III*, 131, nr. 240. Zie bv. Cass. (BE) 3 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 807, *Bull.* 1994, 788, *JLMB* 1995, 616, *JT* 1995, 26, *Pas.* 1994, I, 788, concl. J. LECLERCQ, *RW* 1996-97, 1227 (verkort), noot, *TBP* 1997, 709 en *TRD&I* 1995, 36.
[903] Wellicht is het dan ook om die reden dat in A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 108-109, nr. 7 gewaagd wordt van een soort *objectieve* aansprakelijkheid.
[904] Zie *supra*, nr. 280 e.v.
[905] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 143; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 402. Zie E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 158, nr. 27.
[906] A. CRUQUENAIRE, "Les clauses abusives en pratique" in E. BALATE, A. CRUQUENAIRE en D. MOUGENOT, *Actualités de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (129) (hierna: A. CRUQUENAIRE, *En pratique*) 148, nr. 19; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 148, nr. 15 wijzen op het verschil tussen een interpretatie 'ten gunste' van de consument en de voor hem '*meest* gunstige' interpretatie.
[907] In de marge verdient het gebruikte adagium *contra proferentem* overigens een kritische noot. Het begrip en de term zijn met name afkomstig uit de Engelse rechtspraak, reeds van vóór de UCTA (P. NEBBIA, *Study*, 53-55). Vandaag wordt het gebruikt om 'de voor de consument meest gunstige interpretatie' mee aan te duiden. Dit was oorspronkelijk evenwel niet het geval: de term laat immers uitschijnen dat het gaat over een interpretatie tegen de *proferens*, *i.e.* de persoon die de bedingen 'voortbrengt' (*proferre*). Dit valt kortom samen met de *stipulator* (R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 27). Vgl. ook de commentaar van A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 147-148, nr. 19. Het is dan ook maar de vraag of het niet logischer en duidelijker zou zijn om het te hebben over de 'interpretatie *pro consumptore*' (van *consumptor*, wat 'consument' en 'vernieler' betekent (C.T. LEWIS, *An Elementary Latin Dictionary*, New York-Cincinnati-Chicago, American Book Company, 1890 en www.perseus.tufts.edu/hopper, *v° cōnsūmptor*).

evenzeer als in Italië. Zowel ons Burgerlijk Wetboek[908] als de Codice civile[909] poneren dat onduidelijke bedingen worden gelezen in de voor de opsteller minst voordelige interpretatie. In beide rechtsstelsels kan evenwel worden besloten dat de regel uit de Richtlijn additionele bescherming biedt.[910] Het toepassingsgebied is immers verruimd: zowel in België als in Italië geldt de interpretatieregel in *alle* overeenkomsten tussen professionelen en consumenten, ongeacht of de professioneel zelf de *opsteller* van de overeenkomst was, ongeacht of het beding uitonderhandeld was, dan wel of er sprake is van een toetredingsovereenkomst.[911]

323. **Italiaans gemeen recht: voorrang aan de toegevoegde bedingen. –** Wat Italië betreft, kan ook nog worden gewezen op artikel 1342, eerste lid van de Codice civile. Dat bepaalt met name dat in geval van incongruentie tussen ('voorgedrukte') modules en formulieren en toegevoegde bedingen, die laatstgenoemde bedingen primeren op de eerste.[912] Een parallel kan hier worden getrokken met het beginsel dat *lex specialis derogat legi generali*, doch toegepast op overeenkomsten. Ook die interpretatieregel lijkt te kunnen aansluiten bij de regel *contra proferentem* uit de Richtlijn.

324. **Ook in het nadeel van de consument. –** De regel van de *interpretatio contra proferentem* toont aan dat de communautaire normgever kennelijk niet de bedoeling had om *per se* bepaalde overeenkomsten uit de rechtsorde te stoten; integendeel heeft deze regel net blijk van de wil van die regelgever om bestaande rechtsverhouding zoveel als mogelijk overeind te laten en niet verder dan hoogst noodzakelijk in te grijpen in de contractuele sfeer. De interpretatieregel kan immers ook in het nadeel van de consument werken. Zo die er immers belang bij heeft een ambigu beding te laten verwijderen uit de overeenkomst, bijvoorbeeld omdat dit het einde van de gehele overeenkomst met zich zou meebrengen, is er immers het risico dat de rechter het beding herinterpreteert in een consumentvriendelijke zin, waardoor het beding (en de overeenkomst) blijft (blijven) bestaan.[913]

325. **Preventieve controle. –** Het is overigens ook in verband met die reden dat de Richtlijn de toepassing van de *interpretatio contra proferentem* uitsluit in de preventieve

[908] Art. 1162 BW. Zie hierover A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 145-148, nr. 16-19.
[909] Art. 1370 c.c. Zie hierover A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 88, nr. 1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 15-16; P. NEBBIA, *Study*, 33 en 37; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[910] Vgl. de veroordeling van Nederland, dat onterecht meende dat de regel *contra stipulatorem* volstond (arrest Commissie t. Nederland, EU:C:2001:257).
[911] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 107, nr. 7; P.H. DELVAUX, "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, (73) 89, nr. 28; P. NEBBIA, *Study*, 142; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 156-157, nr. 23-25. *Contra*: A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*, 226-227; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 83 (behoudens wat betreft de uitbreiding van het toepassingsgebied tot niet-onderhandelde overeenkomsten die geen 'standaardovereenkomsten' zijn).
[912] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 14.
[913] *Cf.* P. NEBBIA, *Study*, 142. Zie, uitgebreid, A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 153-160, nr. 27-36.

controleprocedure.[914] Zo in die collectieve verbodsgedingen de professioneel zich integendeel op de consumentvriendelijke interpretatie kon beroepen, zou dit immers tot gevolg hebben dat bij twijfel over de interpretatie van een beding, het beding vaker niet kan worden verboden.[915] De interpretatieregel zou als het ware verworden tot de regel '*in dubio pro proferente*', wat tegen de idee van verregaande consumentenbescherming indruist.

326. **Meest gunstig voor *welke* consument? *In concreto*. –** Tot slot past het te wijzen op een interessant vraagstuk. Wanneer een beding met name moet worden geïnterpreteerd in de voor *de consument* meest gunstige zin, valt dit dan samen de lezing die door de consument-medecontractant *in casu* in het geding werd opgeworpen, of komt het integendeel toe aan de rechter om te bepalen welke interpretatie die consument het best beschermt?[916] In elk geval moet worden betoogd dat de interpretatie meest gunstig moet zijn voor de *concrete* consument in het geding en dat dus niet moet worden uitgegaan van de meest gunstige lezing voor 'de' consument *in abstracto*. Mocht immers een abstracte toets worden uitgevoerd, dan zou er terug sprake zijn van een situatie gelijk aan wat het geval is bij de preventieve controle: 'de' consument – lees: het consumentenbelang – kan er met name net baat bij hebben dat een beding wordt gelezen op een zeer consument*on*vriendelijke wijze, zodat het sneller vernietigd wordt. *In casu* is het daarentegen de bedoeling van de consument dat het beding overeind blijft.[917]

327. **Meest gunstig voor *welke* consument *in concreto*? Zoals vastgesteld door de consument zelf of door de rechter? –** Een logisch volgend punt betreft de wijze waarop de meest gunstige interpretatie voor de concrete consument moet worden vastgesteld. Valt dit met name samen met de door die consument-procespartij aangenomen lezing, of kan de rechter zelf de meest gunstige interpretatie afleiden? Tussen beide kan namelijk een verschil bestaan: de consument is immers mogelijk niet goed geïnformeerd over de implicaties van de verschillende interpretaties. A. CRUQUENAIRE besluit dat de rechter zijn interpretatie mag laten primeren boven die van de consument, ondanks het beginsel van de lijdelijke rol van de zetel.[918] De zittende magistraat kan immers overgaan tot herinterpretatie.[919] Het komt voor dat de discussie evenwel te zwart-wit wordt weergegeven. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de oneerlijke bedingen blijkt met name dat het tot de taak van de rechter behoort om de consument grondig kennis te laten verwerven over zijn rechtspositie. Immers, het is pas dan dat die consument bijvoorbeeld afstand kan doen van de geboden bescherming, door de sanctionering van

[914] Art. 5, laatste zin *j°* 7.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. In België en Italië zijn dit de stakingsvorderingen, waarover meer *infra*, nr. 550.
[915] Conclusie Commissie t. Nederland, EU:C:2001:50, punt 30 en arrest Commissie t. Spanje, C-70/03, EU:C:2004:505, punt 12 en 16, A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 106-107, nr. 7; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 147-148; H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*, 161-162; P. NEBBIA, *Study*, 142; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 9.
[916] A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 148-149, nr. 20.
[917] A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 148-149, nr. 20 blijkt ook die interpretatie genegen. Zo blijkt uit de afwezigheid van overwegingen in die zin.
[918] A. CRUQUENAIRE, *En pratique*, 148-149, nr. 20.
[919] Zie *infra*, nr. 407.

een oneerlijk beding te weigeren.[920] De vraag *wiens* consumentvriendelijke interpretatie dient te worden gevolgd, moet o.i. op parallelle wijze worden opgelost. De rechter lijkt met name Europeesrechtelijk verplicht om de mogelijk meest gunstige interpretatie *op te werpen* en de consument hierover de nodige uitleg te verschaffen. Daarna kan die rechter overgaan tot het effectieve *uitspreken* in de zin van die interpretatie[921], tenzij de consument zich daar uitdrukkelijk (en geïnformeerd) tegen verzet. Op de mogelijkheid voor de consument om afstand te doen van de bescherming wordt verderop, bij de curatieve controle, uitgebreid ingegaan.

[920] Zie *infra*, nr. 467 (e.v.).
[921] Zie over het onderscheid tussen *opwerpen* en *uitspreken*, *infra*, nr. 462.

7. OPEN NORM

“ *Eh, che maniere!*
***Qui tutti ce l’hanno con me perché io sono piccolo e nero... è un’ingiustizia però!* „**[††]

— CALIMERO, in de oorspronkelijke, Italiaanse versie
van N. PAGOT, T. PAGOT en I. COLNAGHI, in het tv-programma *Carosello*.

328. **Definitie. –** In artikel 3.1 van de Richtlijn wordt het begrip *oneerlijk beding* gedefinieerd. Die definitie geeft meteen ook de communautaire open norm aan om te kunnen besluiten tot een oneerlijk beding.

> **“** *Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt 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.* **„**

329. **Geschiedenis. –** Oorspronkelijk was het de bedoeling van de Europese normgever om met de bovenstaande formulering van de open norm aansluiting te vinden bij de reeds bestaande nationaal uitgewerkte beschermingsregimes tegen oneerlijke bedingen. Uiteindelijk werd evenwel geëindigd bij een formulering die dicht tegen de Duitse notie aanleunde.[922]

330. **Van vier naar twee criteria. –** Waar in de voorbereidende werken nog werd overwogen om vier alternatieve criteria van oneerlijkheid te hanteren[923], bevatte de finale versie van de Richtlijn nog twee criteria, met name het handelen tegen de goede trouw en de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen.

7.1. OMZETTING

7.1.1. BELGIË

331. **Huidige definitie. –** In België staat de definitie van een *onrechtmatig beding* thans te lezen in boek I van het Wetboek Economisch Recht. Ze luidt als volgt:

> **“** *elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een onderneming en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten*

[††] “*Wat een manieren (zijn me dat nu)! Hier is iedereen kwaad op mij omdat ik klein en zwart ben… maar dat is onrechtvaardig!*” (letterlijk), gemeenzaam vertaald als: “*Zij zijn groot en ik is klein, en da’s niet eerlijk, o nee.*”
[922] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 149-151, nr. 171-172.
[923] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 149-151, nr. 171-172; M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 274-276.

van de partijen ten nadele van de consument „[924]

332. **Kennelijk onevenwicht. –** Een eerste aandachtspunt betreft het onderscheid tussen *kennelijk onevenwicht* in de Belgische tekst en de formulering in de Richtlijn dat er een *aanzienlijke verstoring* moet zijn. Het komt voor dat op dit verschil in terminologie weinig acht moet worden geslagen: in beide gevallen wordt immers een soort drempel ingebouwd om tot oneerlijkheid te besluiten[925]; terecht wordt in de Belgische doctrine dan ook van een marginale toetsing gewaagd.[926]

333. **Irrelevantie van de goede trouw. –** Bij het beschouwen van de definitie valt tevens op dat de Belgische wetgever er bewust voor heeft gekozen om de vereiste van de strijdigheid met de goede trouw niet op te nemen in de wet[927], zoals in Frankrijk[928]. Dit hoeft nochtans geen problemen op te leveren. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan immers worden gewezen op het vigerende beginsel van de minimumharmonisatie.[929] Voorts lijkt die keuze op goedkeuring van de doctrine te kunnen rekenen.[930]

334. **Irrelevantie van de irrelevantie van de goede trouw. –** Het valt evenwel te betwijfelen of de afwezigheid van de vereiste van een handelen in strijd met de goede trouw wel werkelijk additionele bescherming voor de consument oplevert.[931] Dit is met name het gevolg van de interpretatie van de negatieve vereiste van goede trouw door de communautaire rechtsleer.[932] Er wordt dan ook meer algemeen aangenomen dat de Belgische norm moet worden gelezen op een wijze identiek aan de Europese definitie.[933]

7.1.2. ITALIË

335. **Huidige definitie. –** In Italië werd de goede trouw wel in de nationale wetgeving overgenomen, ondanks het advies van de Consiglio di Stato[934]. Worden daar met name als oneerlijk beschouwd:

" *le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore*

[924] Art. I.8, 22° WER.
[925] E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 546, nr. 927. H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 371 gewaagt van het *de-minimis*beginsel.
[926] C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*, 52, nr. 26; I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 81, nr. 42; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 251; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 373; R. STEENNOT, "Artikel 2, 28°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 3; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 153, nr. 14; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 146, nr. 11; E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 168-169, nr. 41. *Contra*: H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*, 82. Vgl. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 140, nr. 279-281. Zie, *in extenso*, E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 546-548, nr. 927-929.
[927] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 149-151, nr. 171-172.
[928] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 7 en Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.
[929] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 154, nr. 175; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 288.
[930] S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 152-153, nr. 11.
[931] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 1331; R. STEENNOT, *Proposal CESL*, nr. 43; S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 152.
[932] Zie *infra*, nr. 351.
[933] R. STEENNOT, "Artikel 2, 28°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 4.
[934] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.

un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. „[935]

336. **Subjectieve of objectieve goede trouw? –** Ten gevolge van die omzetting stelde zich dus de vraag naar het *quid* van de negatieve vereiste van de goede trouw.[936] Met name ontstond een uitgebreide discussie[937] over de objectieve dan wel subjectieve aard. Deze discussie was onder meer ingegeven door de erg slechte formulering van de Richtlijn die woordelijk werd overgenomen in de wettekst, wederom in tegenstrijd met het advies van de Raad van State[938].

337. **Taalincongruenties. –** Immers lijkt er een ernstige incongruentie te bestaan tussen de taalversies van de Richtlijn. De Nederlandse en Engelse versie lezen "in strijd met de goede trouw" en "*contrary to the requirement of good faith*". De Franse versie leest daarentegen "*en dépit de l'exigence de bonne foi*", de Italiaanse verder "*malgrado il requisito della buona fede*". Deze termen komen evenwel niet overeen. Wellicht is vanuit de Franse versie vertrokken. *En dépit* betekent immers *in weerwil van* en *ondanks*[939] (in het Engels: *notwithstanding*[940]) en duidt dus aan dat wat volgt, irrelevant is voor het uiteindelijke resultaat. Ter illustratie: de student die, *in weerwil van/ondanks* zijn voorbereidingen, niet slaagt voor een examen, heeft zich weldegelijk voorbereid. Alleen blijkt dit irrelevant te zijn voor de uitkomst: hij is toch niet geslaagd.

338. **'In strijd met' *versus* 'in weerwil van' en 'ondanks'. –** Niettemin heeft de Europese normgever ervoor gekozen de Nederlandse en Engelse versie te voorzien van een handelen *in strijd met* de goede trouw.[941] Het hoeft evenwel weinig betoog dat *in strijd met* niet gelijk is aan *in weerwil van* of *ondanks*. *In strijd met* wordt overigens correct vertaald in het Frans als *contraire à*.[942] Vereisen dat iemand handelt *in strijd met* de goede trouw, betekent net dat die goede trouw wel relevant, een (negatief) criterium is. Een voorbeeld: de persoon die, na te hebben gehandeld *in strijd met* de zorgvuldigheid, schade berokkent, kan aansprakelijk gesteld worden; de persoon die daarentegen schade berokkend, *in weerwil van*/*ondanks* de zorgvuldigheid, kan dat in principe net niet.

339. **'Ongeacht'. –** Naast *in weerwil van*/*ondanks* en *in strijd met* is er evenwel ook nog *ongeacht*. In tegenstelling tot *ondanks* en *in weerwil van* benadrukt dit begrip o.i. de

---

935 "*bedingen die, ondanks de goede trouw, ten laste van de consument voorzien in een aanzienlijk onevenwicht van de rechten en verplichtingen afkomstig uit de overeenkomst.*" Art. 33, eerste lid cod.cons.
936 E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 67-70.
937 Over de vereiste van de goede trouw ontstond overigens ook heel wat discussie in Engeland, waar dat concept als algemeen beginsel in het contractenrecht onbekend is (R. BRADGATE, *Experience in the UK*, 34-35 en 37).
938 Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.
939 T. BEERDEN, *Van Dale Middelgroot woordenboek Frans-Nederlands*, Utrecht, Van Dale Uitgevers, 2015 en www.vandale.be, *v° dépit*; H. COENDERS (ed.), *Kramers Vertaalwoordenboek Frans-Nederlands*, Amsterdam, Elsevier, 1996, *v° dépit*. Die twee Nederlandse woorden zijn overigens synoniemen (*Dikke Van Dale*, *v° ondanks*).
940 K. DICTIONARIES (ed.), *Password English-French Learner's Dictionary*, http://dictionary.cambridge.org/dictionary/french-english, *v° dépit*.
941 *Cf.* H. SCHULTE-NÖLKE *et al*., *Compendium*, 372-373.
942 T. BEERDEN, *Van Dale Middelgroot woordenboek Nederlands-Frans*, Utrecht, Van Dale Uitgevers, 2015 en www.vandale.be, *v° ondanks*.

complete irrelevantie van wat erop volgt. Illustratief kan worden gedacht aan het verschil tussen de student die *ondanks* de voorbereidingen niet slaagt en degene die *ongeacht* de voorbereidingen niet slaagt. In dat eerste geval impliceert de formulering dat er een weldegelijk voorbereidingen zijn, maar dat ze irrelevant bleken voor de uitkomst; in het tweede geval doet het er niet toe of er überhaupt voorbereidingen zijn genomen. Deze term komt nergens voor in de Nederlandse taalversie. Ook het Engelse equivalent *regardless of* is niet terug te vinden. Nochtans lijkt die bewoording net het best aan te sluiten bij de betekenis die aan de vereiste afwezigheid van de goede trouw moet worden gegeven.[943]

340. **Italiaanse versie van de Richtlijn. –** De Italiaanse versie vindt aansluiting bij de Franse lezing.[944] Hoewel de vertaling *in/a dispetto* (in weerwil van/ondanks[945]) o.i. logischer was geweest, leest de aangenomen tekst niettemin *malgrado* (ondanks[946]). De Italiaanse Raad van State pleitte er bij de omzetting dan weer voor om de formulering *in contrasto con* te gebruiken, wat overeenkomt met de Nederlands-Engelse versie en *in strijd met*[947] betekent.

341. **Italiaanse wetgeving. –** Niettemin werd *malgrado* overgenomen in de Italiaanse wetgeving, ook na de overheveling van de oneerlijkebedingenleer in een nieuw wetboek[948]. Bijgevolg echter ontstond daar dus de vraag hoe dit criterium moet worden geïnterpreteerd[949]: is meer bepaald ten eerste vereist dat naast het bewijs van de aanzienlijke verstoring van het evenwicht ook de afwezigheid van goede trouw in hoofde van de professioneel wordt bewezen (*i.e.* het verschil tussen *in strijd met* en *ondanks*)? Zo dit verder niet hoeft te gebeuren, kan de goede trouw in hoofde van de professioneel dan anderzijds het kennelijk onevenwicht remediëren, zodat een beding toch niet oneerlijk is (*i.e.* het verschil tussen *ondanks* en *ongeacht*)?[950]

342. **Objectieve goede trouw. –** Tevens onduidelijk was de vraag of het hier de subjectieve, dan wel de objectieve goede trouw betrof.[951] Met dit eerste wordt met name gedoeld op de psychologische toestand en de (bedrieglijke) bedoelingen van de professioneel, en wordt het begrip dus gebruikt als antoniem van de *kwade trouw*.[952] Objectieve goede trouw slaat daarentegen op het handelen als normaal zorgvuldig persoon in een contractverhouding.[953] Een quasi-unanieme rechtsleer lijkt in elk geval de

[943] Zie *infra*, nr. 351.
[944] Ook die Franse lezing wordt overigens gehekeld omwille van het taalgebruik. Zie E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 146, nr. 291-292.
[945] V. LO CASCIO, *Van Dale Middelgroot woordenboek Italiaans-Nederlands*, Utrecht, Van Dale Uitgevers, 2009 en www.vandale.be, *v° dispetto*.
[946] *Ibidem*, *v° malgrado*.
[947] *Ibidem*, *v° contrasto*.
[948] G. AFFERNI, "Italy", *ERCL* 2008, (460) 464 en A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo*, nr. 2.
[949] Die vraag komt immers niet of nauwelijks aan de orde in België, Nederland en Frankrijk, waar de goede trouw niet werd overgenomen (I. DEMUYNCK, *Thesis*, 297).
[950] Zie, *in extenso*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 67-70.
[951] V. RIZZO, *Profili storici*, 54-55.
[952] E. PIRO, *Tutela*, 23 en Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.
[953] *Ibidem*. Zie ook art. 1375 c.c., het equivalent van ons art. 1134, derde lid BW.

vereiste van objectieve goede trouw genegen.[954] Argumenten hiervoor worden gevonden in de andere taalversies van de Richtlijn en in de rechtspraak van het Hof van Justitie.[955] Een tegengestelde opinie zou overigens betekend hebben dat de consument telkens de 'kwade' bedoelingen van de professioneel zou moeten bewijzen[956], wat lijkt in te druisen tegen het opzet van de consumentenbescherming.

7.2. INVULLING VAN DE OPEN NORM

343. **Elementen van de open norm. –** De Europese definitie van de open norm bevat twee elementen: de aanzienlijke verstoring van het evenwicht en de strijdigheid met de goede trouw. Voorts moet ook rekening worden gehouden[957] met alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, andere bedingen van de overeenkomst en samenhangende overeenkomsten, alsook met de aard van de goederen en diensten.[958] Die laatste bepalingen zijn ook overgenomen in het Belgische[959] en Italiaanse[960] recht, maar worden hieronder niet verder behandeld.

7.2.1. AANZIENLIJKE VERSTORING VAN HET EVENWICHT

344. **Juridische ongelijkheid. –** De *aanzienlijke verstoring van het evenwicht* dient betrekking te hebben op de rechten en verplichtingen van de contractpartijen. De enkele omstandigheid dat een beding *nadelig* is voor de consument, volstaat dus niet om tot een schending van de open norm te besluiten.[961] Een unanieme rechtsleer pleegt dan ook te spreken van een *juridische* ongelijkheid, in tegenstelling tot een feitelijke ongelijkheid.[962] De bedoeling is immers niet om een feitelijk ongelijke toestand te remediëren, want zulks zou een toetsing van de wederzijdse contractprestaties vereisen en dus strijden met de beginselen van wilsautonomie en contractvrijheid.

345. **Bevoegdheid van de nationale rechter. –** Het maakt verder vaste rechtspraak van het Hof van Justitie uit dat de concrete vaststelling van de aanwezigheid van een oneerlijk

[954] G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 51; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 68 en 70; P. NEBBIA, *Study*, 145; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; E. PIRO, *Tutela*, 23; M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 7; Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1 en Relazione illustrativa cod.cons., 9, nr. 7.
[955] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.
[956] Ook in Italië wordt de (subjectieve) goede trouw immers vermoed (CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 7, nr. 1.1).
[957] Volgens het Hof van Justitie moeten de voorwaarden uit art. 3.1 en 4.1 samen worden gelezen om uit te maken of er sprake is van een oneerlijk beding (arrest Commissie t. Zweden, C-478/99, EU:C:2002:281, punt, 11 en 17, arrest Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, EU:C:2004:209, punt 18, 19 en 21, arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad, EU:C:2010:309, punt 33 en arrest Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, punt 40).
[958] Art. 4.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[959] Art. VI.82, eerste lid WER.
[960] Art. 34, eerste lid cod.cons.
[961] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 167, nr. 194.
[962] Zie o.a. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 10, nr. 9 en 167, nr. 195; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 249; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 48; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 71.

beding een bevoegdheid is die enkel toekomt aan de nationale rechter van de lidstaten.[963] Het gevolg hiervan is dat lidstaten elk eigen werkwijzen ontwikkelden om de abstracte norm concreet in te vullen.[964] Ondanks die uitdrukkelijke bevoegdheidsafbakening, achtte het Luxemburgse Hof het niettemin opportuun om in toenemende mate[965] een aantal criteria te formuleren met betrekking tot dit thema[966], alsook om 'suggesties' in verband met bepaalde bedingen te doen aan de nationale rechter[967].

346. **Suppletief recht en 'juridische situatie'. –** Wat de vereiste van de *aanzienlijke verstoring van het evenwicht* tussen partijen betreft, wordt door de communautaire rechtspraak gesteld dat er in elk geval rekening kan worden gehouden met suppletief recht en met de *juridische situatie van de consument*.[968] Wat het eerstgenoemde criterium betreft, dient met name de situatie van de concrete consument ten gevolge van een beding te worden afgewogen tegen de omstandigheid waarin nationaal aanvullend recht dat aspect van de overeenkomst zou hebben geregeld.[969] Met de juridische situatie wordt daarentegen onder meer gedoeld op de aan- of afwezigheid voor de consument van middelen om het oneerlijk karakter van bedingen te laten sanctioneren.[970]

347. **Kwantitatief onevenwicht onvoldoende. –** Anderzijds sprak het Europese Hof zich al in die zin uit dat het oneerlijk karakter van een beding geenszins louter kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de consument bepaalde ('significante', 'aanzienlijke'[971]) financiële lasten moet dragen. Een *kwantitatieve* financiële beoordeling volstaat kortom niet om tot oneerlijkheid te besluiten, en *vice versa* is de aanwezigheid van zo'n financieel onevenwicht ook niet noodzakelijk om te kunnen spreken van een oneerlijk beding.[972]

348. **Normatieve verwachtingen. –** Die communautaire rechtspraak blijkt aldus bevestiging te geven aan de gangbare nationale rechtspraak[973] die het (on)evenwicht in de

[963] Arrest Freiburger Kommunalbauten, EU:C:2004:209, punt 22, arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 44, arrest Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, punt 43 en 44, arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 22, arrest Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 66, beschikking Pohotovost, C-76/10, EU:C:2010:685, punt 60, beschikking Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, punt 25, arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 48, arrest Constructora Principado, EU:C:2014:10, punt 20, arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 45 en arrest Kušionová, EU:C:2014:2189, punt 73.

[964] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 168, nr. 196; P. NEBBIA, *Study*, 153-163; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 461, nr. 786. Dit wordt betreurd door M. LOOS, noot onder arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, *ERCL* 2007, (439) 444-445 en door H.W. MICKLITZ en N. REICH, "The Court and the Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", *CML Rev.* 2014, (771) (hierna: H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*) 778.

[965] H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*, 29.

[966] Zie, over de bevoegdheid van het Hof om criteria vast te stellen, H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 149-152, nr. 3.21 en 3.21a.

[967] Zie *infra*, nr. 526.

[968] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 68 en beschikking Sebestyén, EU:C:2014:1857, punt 27.

[969] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 68 en beschikking Sebestyén, EU:C:2014:1857, punt 27. *Cf.* arrest Freiburger Kommunalbauten, EU:C:2004:209, punt 21.

[970] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 68 en beschikking Sebestyén, EU:C:2014:1857, punt 27.

[971] Vgl. de terminologie gebruikt in art. 3.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen (in de verschillende talen).

[972] Arrest Constructora Principado, EU:C:2014:10, punt 22 en 30.

[973] Zie bv. Cass. (BE) 22 maart 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 860, *Pas.* 1979, I, 863, *RCJB* 1981, 189, noot L. CORNELIS, *RGAR* 1980, nr. 10.222, *RHA* 1980, 403, *RW* 1979-80, 2238 en *T.Aann.* 1982, 296, noot P.

contractuele verhouding mede beoordeelt in het licht van de zogenaamde *normatieve verwachtingen*.[974] Hiermee wordt gedoeld op de concrete invulling van de open norm aan de hand van het nationale suppletieve recht inzake de betrokken categorie overeenkomsten.[975] Aan de grondslag van die methode ligt de gedachte dat het suppletief recht met betrekking tot een bepaalde partijverhouding in overeenstemming is met wat de wetgever als een *ideaal evenwicht* aan rechten en plichten heeft beschouwd.[976] Extra steun voor zo'n invulling van de open norm is o.i. overigens te vinden in considerans 13 van de Richtlijn, dat overweegt dat nationaal recht (met inbegrip van suppletief recht[977]) geacht wordt geen oneerlijke bedingen te bevatten.[978]

349. **Andere methodes om de abstracte open norm te concretiseren. –** Er worden ook nog andere jurisprudentiële methodes ontwaard om de abstracte open norm te concretiseren.[979] Immers is het niet steeds mogelijk of wenselijk om de *normatieve verwachtingen* als evenwichtig uitgangspunt te beschouwen. Zo stelt bij niet-benoemde overeenkomsten zich bijvoorbeeld de vraag of het gemeen recht het voormelde *ideale evenwicht* wel getrouw weerspiegelt.[980] Sommige doctrine betreurt voorts het oordeel van de Unierechter, dat immers impliceert dat er geen pan-Europese 'oneerlijkheidsnorm' is.[981] Hier wordt volstaan met een opsomming van mogelijke alternatieve methodes. Het betreft met name de vergelijking van een beding op analoge wijze met de bedingen uit de lijsten[982], de abstracte symmetrie[983], precedenten[984], niet-bindende richtsnoeren[985], de legitieme verwachtingen op grond van de *economie van het contract*[986] en de contextuele

MANDOUX,. De beoordeling betrof een interpretatiekwestie en had betrekking op art. 1162 BW (interpretatie *contra stipulatorem*, zie *supra*, nr. 322). Een recente kadering is te vinden in A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*, 226-227.

974 In dezelfde zin, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, "Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: *Aziz* v. *Catalunyacaixa*" (noot onder arrest Aziz, EU:C:2013:164), *CML Rev.* 2014, (955) (hierna: S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Mortgage loans and protection of housing*) 968-969; A. LAS CASAS, M.R. MAUGERI en S. PAGLIANTINI, "Cases: ECJ – Recent trends of the ECJ on consumer protection: *Aziz* and *Constructora Principado*" (noot onder arresten Aziz, EU:C:2013:164 en Constructora Principado, EU:C:2014:10), *ERCL* 2014, (444) (hierna: A. LAS CASAS *et al.*, *Recent trends of the ECJ*) 460-461; H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 152, nr. 3.21a.

975 *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 196, nr. 236; I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 83-84, nr. 44.2; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-92, 562-572; P. NEBBIA, *Study*, 153-155 en 162; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 562-563, nr. 956.

976 E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 71; P. NEBBIA, *Study*, 154; C. PAVILLON, "Private Standards of Fairness in European Contract Law", *ERCL* 2014, (85) (hierna: C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*) 91-92; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 371. Er wordt ook gesproken van de *but for test*.

977 Zie *supra*, nr. 118.

978 Zie ook *infra*, nr. 503 e.v.

979 Zie, *in extenso*, E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 553-566, nr. 938-964.

980 E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 71.

981 A. LAS CASAS *et al.*, *Recent trends of the ECJ*, 459.

982 P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 170-196, nr. 199-235 en 210, nr. 254; P. NEBBIA, *Study*, 152-153 en 162; C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*, 92.

983 Dit criterium vindt haar grond in de *Waffengleichheit*. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 201-203, nr. 243-244 en P. NEBBIA, *Study*, 150 en 160-163.

984 C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*, 93.

985 Die techniek bestaat o.a. in Engeland. C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*, 93.

986 P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 205-208, nr. 248-251; P. NEBBIA, *Study*, 142 en 155-158; C.

toetsing[987]. Het lijkt er dan ook op dat

> " *the approach that courts should take towards the fairness assessment has not yet been spelled out clearly.* „[988]

7.2.2. STRIJDIGHEID MET DE GOEDE TROUW

350. **Objectieve goede trouw. –** Inzake de voorwaarde van *strijdigheid met de goede trouw* stelt het Hof voorts dat de nationale rechter moet nagaan of de professioneel redelijkerwijze mocht aannemen dat de consument het kwestieuze beding zou aanvaarden bij eerlijke en billijke onderhandelingen.[989] Dit impliceert met andere woorden een *objectieve* invulling van de goede trouw[990], hetgeen aansluit bij de quasi-unanieme Italiaanse rechtsleer.[991]

351. **Geen cumulatief criterium. –** Voorts is er het vraagstuk van de al dan niet noodzakelijke aard van de negatieve vereiste van de goede trouw om te kunnen besluiten tot de schending van de open norm.[992] Op dit punt komt het voor dat de Europese rechtsleer veruit overwegend neigt naar een interpretatie in die zin dat de afwezigheid van goede trouw *niet* moet worden beschouwd als een criterium dat naast de aanzienlijke verstoring van het evenwicht meespeelt.[993] Integendeel wordt aangenomen dat de twee criteria hoogstens als *één complex geheel*[994] of *wederzijds versterkend*[995] te beschouwen zijn, of dat – zoals ook al tijden gangbaar is in het Duitse leerstuk[996] – het kennelijk onevenwicht slecht een (één) weergave is van de strijdigheid met de goede trouw, een weergave die op zichzelf al volstaat om tot schending van de open norm te besluiten.[997]

PAVILLON, *Private Standards of Fairness*, 91.

[987] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 208-209, nr. 252; P. NEBBIA, *Study*, 158-159.

[988] P. NEBBIA, *Study*, 168. In dezelfde zin, C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*, 89.

[989] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 69 en beschikking Sebestyén, EU:C:2014:1857, punt 28.

[990] *Contra*: S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Mortgage loans and protection of housing*, 966.

[991] Zie *supra*, nr. 342. Ook I. DEMUYNCK, *Thesis*, 288 (België en E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo*, 98 (Spanje) staan dit voor.

[992] *Cf.* V. RIZZO, *Profili storici*, 55; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 371-372; E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 169-170, nr. 42.

[993] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 150, nr; 172; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 292; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*, 52, nr. 59; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 70; P. NEBBIA, *Study*, 144 en 150-151; V. ROPPO, "Workshop 3 – The definition of 'unfairness': the application of Article 3(1), 4(1) – and of the annexes of the directive" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, (132) (hierna: V. ROPPO, *Workshop 3 – 'Unfairness'*) 140-141; M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 278-279; Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.

[994] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 16.

[995] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.1.

[996] In Duitsland wordt de open norm als een bijzonder toepassingsgeval van de vereiste van *Treu und Glauben* (§ 307 BGB) gezien. Zie hierover P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 151, 173; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 296.

[997] Zo o.a. F. HINESTROSA, "Rapport général" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, (19) 30.

352. **Italiaanse rechtspraak. –** Een arrest van de *Corte d'Appello* van Rome stelt in diezelfde lijn dat "*malgrado la buona fede*" als "*nonostante la buona fede*" moet worden gelezen.[998] Met andere woorden doet volgens dat beroepscollege de aanwezigheid van goede trouw geen afbreuk aan het oneerlijk karakter van een beding. De wet wordt kortom gelezen als "*ondanks* de objectieve goede trouw".[999] Ook uit de cassatierechtspraak kan reeds voorzichtig een conclusie in die richting worden getrokken.[1000] Bepaalde auteurs voorspellen voorts dat ook het Hof van Justitie zo'n interpretatie zal voor staan.[1001]

353. **Bewijslast. –** Die visie dient te worden toegejuicht. Vereisen dat de consument naast het kennelijk onevenwicht ook het bewijs moet leveren van de afwezigheid van goede trouw, zou de bewijslast inzake de open norm immers aanzienlijk verzwaren. Terecht moet aldus worden besloten dat de consument beschermd wordt tegen oneerlijke bedingen, al handelt de professioneel *prima facie* te goeder trouw.[1002] Evenwel zou de irrelevantie van de goede trouw o.i. nog helderder kunnen worden geformuleerd, indien zou worden gewaagd van een onevenwicht *ongeacht* de goede trouw (*indipendentemente dalla buona fede*).

354. **Invulling met nationaal recht? –** Tot slot past het te wijzen op de stelling van K. HERKENRATH. Die auteur stelt dat het de bedoeling was met de invoeging van de vereiste van *Treu und Glauben* een link tussen het communautaire en het nationale recht te creëren.[1003] Met name zou dit Europees niet-gedefinieerd concept het bewust aan de nationale rechtspraak en doctrine overlaten om concreet het wenselijke gedrag van de professioneel te bepalen. Zulks moet worden bijgetreden, doch met de nodige nuance. Waar de Duitse jurist immers een overvloed aan jurisprudentiële en doctrinale ontwikkeling over de goede trouw heeft om op terug te vallen, en zulks eveneens het geval is in België en Frankrijk, hoeft het immers weinig betoog dat een invulling van de voorwaarde van de goede trouw in Engeland veel problematischer zal zijn. Een dergelijk algemeen begrip was daar immers onbekend tot voor de invoering van de Richtlijn. Betekent dit dan dat zij thans verplicht zijn een eigen concept van goede trouw te ontwikkelen, dan wel zich te spiegelen naar een buitenlands model[1004], of dient de Engelse jurist de vereiste van goede trouw gewoon te negeren, bij gebreke aan nationale

[998] Corte d'Appello (IT) Rome 24 september 2002.
[999] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 7, vn. 17.
[1000] Zie Cass. (IT) 20 maart 2010, n. 6802 en 20 augustus 2010, n. 18785. V. RIZZO, *Profili storici*, 55. *Contra*: A. CANDIAN, *Contratto di assicurazione*, 83.
[1001] A. LAS CASAS *et al.*, *Recent trends of the ECJ*, 463.
[1002] Met betrekking tot het bewijs van de objectieve goede trouw past overigens een verduidelijking. Sommige rechtsleer (zie m.n. H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*, 84) oppert namelijk dat de goede trouw in de regel wordt vermoed (art. 2268 BW). Dit gaat echter niet op voor onderhavig leerstuk. Het betreft hier immers niet de zgn. *subjectieve* goede trouw. Enkel die wordt met name (enige nuance niet te na gelaten) algemeen vermoed in ons rechtstelsel. *Cf.* A. VAN OEVELEN, "De zgn. 'subjectieve' goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aanbelangen)", *TPR* 1990, (1093) 1148-1149, nr. 53.
[1003] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 119-120. Zie ook M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 279.
[1004] Vgl. M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 279.

criteria?[1005] Het komt voor dat er ook een noodzaak is aan een zeker minimaal communautair begrip van de notie.[1006]

[1005] Zie ook *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* [2002] 1 AC 481, aangehaald in H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 289-291.

[1006] In gelijkaardige zin: J. BASEDOW, "The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary", *ERPL* 2010, (443) (hierna: J. BASEDOW, *Court of Justice and Private Law*) 456-457 en 457-458.

8. LIJSTEN

“ ***Life isn't black and white. It's a million gray areas, don't you find?*** **„**

— R. SCOTT, filmregisseur.

355. **Verschillende lijsten. –** Naast een open norm, bevatten zowel de Richtlijn Oneerlijk Bedingen[1007] als het Belgische[1008] en Italiaanse[1009] recht een systeem van lijsten met oneerlijke bedingen.

356. **‘Tot doel of tot gevolg’. –** In alle drie de stelsels impliceert de aanhef van de bepaling met de lijst[1010] dat een inhoudelijke, substantiële toets van concrete bedingen aan de lijst in kwestie moet plaatsvinden. Immers worden niet enkel bedingen geviseerd die vormelijk of letterlijk de bepalingen uit de lijst overnemen, maar alle bedingen die “tot doel of tot gevolg kunnen hebben” dat bereikt wordt wat opgelijst staat.[1011]

357. **Beperking van het onderzoek. –** Op de inhoud van de respectievelijke lijsten wordt in deze thesis niet nader in gegaan.[1012] Algemeen kan worden volstaan met de vaststelling dat de lijsten een “overzicht van de belangrijkste pijnpunten” bieden, die de normgevers in de toekomst wilden vermijden.[1013] Evenzeer lijkt voor alle drie de behandelde lijsten te kunnen opgaan dat er een gebrek aan coherentie en logische structuur is.[1014]

358. **Rechtskracht. –** Een interessant punt dat evenwel een (korte) behandeling verdient, is de juridische kracht die uitgaat van de respectievelijke lijsten. Gezien deze telkens verschilt, wordt hierop ingegaan per stelsel.

[1007] Bijlage bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen (hierna: de Bijlage) *j°* art. 3.3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[1008] Art. VI.83 (en, wat betreft overeenkomsten met beoefenaars van een vrij beroep, art. XV.50) WER.
[1009] Art. 33, tweede lid en 36, tweede lid cod.cons.
[1010] Zie resp. art. 1, aanhef Bijlage bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, art. VI.83, aanhef WER en art. 33, tweede lid, aanhef, *in fine* en 36, tweede lid, aanhef, *in fine* cod.cons.
[1011] Zie resp. o.m. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 214, nr. 257 en vn. 961; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 381; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 49. *Contra*, wat betreft de Belgische lijst: I. DEMUYNCK, “De Wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-98, (1313) 1346.
[1012] Zie voor een uitgebreide behandeling van de Belgische lijst bv. F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*, 32-52, nr. 97-132; R. STEENNOT *et al.*, *Wet Marktpraktijken*, 200-208, nr. 337-360. Voor een bespreking van de Italiaanse lijst wordt verwezen naar E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 99-106.
[1013] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 215, nr. 258.
[1014] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 340, nr. 408; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 96.

8.1. DE RICHTLIJN: BLAUWE LIJST

359. **Onduidelijkheid. –** Over de bindende kracht van de bijlage in de Richtlijn is heel wat discussie geweest.[1015] In artikel 3.3 staat te lezen dat de lijst "indicatief en niet-uitputtend" is, doch de draagwijdte van die bepaling werd betwist.[1016] In het oorspronkelijke voorstel was de lijst wel nog bindend.[1017] De Raad eiste evenwel dat het een indicatieve ('witte'[1018]) lijst zou worden, wat betreurd werd door de Commissie.[1019] Met de Richtlijn Consumentenrechten zou de Commissie een vernieuwde lijst met oneerlijke bedingen invoeren.[1020] Deze idee werd evenwel verlaten.[1021]

360. **Twee vragen. –** Over de bindende aard van de lijst kunnen twee vragen worden gesteld: (1) is de lijst in bijlage bindend, en indien dit het geval is, (2) in welke mate bindt zij dan?

361. **Niet of wel bindend. –** Verschillende opvattingen kunnen worden verdedigd met betrekking tot de eerste vraag. Een eerste strekking wil dat de Bijlage volstrekt niet bindend is en dat nationale instanties dus geheel vrij zijn om bedingen die onder een omschrijving van die Bijlage vallen al dan niet oneerlijk te bevinden.[1022] Een andere optiek is dat zij wel bindt.

362. **Indien bindend: in welke mate? –** Zo er wordt aanvaard dat de bijlage bindend is, stelt zich de vraag *hoe* die bindende kracht doorwerkt. Is met name enkel vereist dat de lidstaten er voor zorgen dat de algemene, open toetsingsnorm ruim genoeg is, zodat de bedingen uit de Bijlage op grond van die norm oneerlijk kunnen worden verklaard[1023], of moet de bijlage daarentegen inhoudelijk worden overgenomen in de eigen rechtsorde?[1024] In dat laatste geval rijst overigens vervolgens de vraag of uit de Richtlijn volgt dat de nationale wetgevers een zeker vermoeden van oneerlijkheid toekennen aan de lijstbedingen, dan wel of het volstaat dat die lijst als een soort indicatieve gids ter interpretatie van de open norm[1025] vigeert.

363. **Europese rechtspraak. –** Het Hof van Justitie kwam tussen op dit punt in een procedure waarin Zweden werd gedaagd wegens een beweerde niet-omzetting van de Richtlijn. De lidstaat had immers de lijst uit de Bijlage niet overgenomen in de nationale

[1015] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 8.
[1016] P. NEBBIA, *Study*, 148; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 380.
[1017] SEC(92)1944 def, 4.
[1018] M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*, 8.
[1019] SEC(92)1944 def, 4-5.
[1020] COM(2008)614, artikel 35. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 153, nr. 174.
[1021] Zie bv. Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten (COM(2008)614 def. – 2008/0196 (COD)) (2009/C 317/09), *Pb.C* 23 december 2009, afl. 317, (54) 60, punt 6.
[1022] P. NEBBIA, *Study*, 145.
[1023] I. DEMUYNCK, *Thesis*, 386.
[1024] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 152, nr. 174; V. ROPPO, *Workshop 3 – 'Unfairness'*, 137.
[1025] Dit is de visie van M. TENREIRO, volgens P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 170, vn. 776 (doch zonder bronvermelding).

normgeving. Dit werd door het Hof evenwel geen schending van de Richtlijn bevonden.[1026] Volgens de Unierechter is de Bijlage bij de Richtlijn met name indicatief en niet-limitatief.[1027] Zij dient als inspiratiebron voor de nationale autoriteiten en voor particulieren.[1028] Zulks werd ook in latere arresten[1029] bevestigd:

> " *Een beding dat erin voorkomt, hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd en omgekeerd kan een beding dat er niet in voorkomt niettemin oneerlijk worden bevonden.* „[1030]

364. **'Blauwe lijst'. –** De Europese lijst biedt dus louter een overzicht van een aantal bedingen die volgens de communautaire rechtsorde mogelijks oneerlijk kunnen worden bevonden.[1031] Er wordt dan ook gesproken van een *blauwe lijst*. Het behoeft evenwel de aandacht dat sommige auteurs uit recenter gewezen uitspraken menen te kunnen afleiden dat het Luxemburgse Hof op termijn toch een zekere bindende kracht zal toekennen aan de Bijlage.[1032]

8.2. BELGIË: ZWARTE LIJST MET GRIJS TINTJE

365. **Eén lijst. –** Het Belgische recht kent slechts één lijst. Dit is nochtans anders bij onze drie grootste continentale buurlanden, waar zowel een grijze als een zwarte lijst vigeert.[1033] Hiermee wordt in de rechtsleer gedoeld op een lijst met bedingen die respectievelijk weerlegbaar en onweerlegbaar vermoed worden oneerlijk te zijn.

366. **Zwarte lijst: onweerlegbaar vermoeden. –** De Belgische lijst wordt gekenmerkt door een vermoeden *iuris et de iure* dat de erin opgesomde bedingen oneerlijk zijn.[1034] Het is dus een zwarte lijst, in tegenstelling tot de enige lijst in bijvoorbeeld Engeland.[1035]

[1026] Arrest Commissie t. Zweden, EU:C:2002:281, punt 25 t.e.m. 26.

[1027] Arrest Commissie t. Zweden, EU:C:2002:281, punt 20. Zulks doet overigens verbazen, gezien de eerdere rechtspraak van het Hof inzake lijsten (T. PFEIFFER, "EuGH: Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln", *EuZW* 2002, (465) 467, nr. II).

[1028] Arrest Commissie t. Zweden, EU:C:2002:281, punt 22.

[1029] Arrest Freiburger Kommunalbauten, EU:C:2004:209, punt 20, beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 58, arrest Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, punt 42, arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 37 en 38, arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 25, arrest Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 71, beschikking Sebestyén, EU:C:2014:1857, punt 31 t.e.m. 32.

[1030] Freiburger Kommunalbauten, EU:C:2004:209, punt 20.

[1031] H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 292. *Contra*: E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 95, die gewaagt van een eigenlijke grijze lijst, met vermoeden *iuris tantum*.

[1032] H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 157, nr. 3.24a, die meent dat het Hof met het arrest Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659 een eerste stap zette naar een meer verplichtend karakter van de lijst. Zie ook M. LOOS, noot onder arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, *ERCL* 2007, (439) 441.

[1033] De Franse grijze resp. zwarte lijst werd reglementair vastgesteld in art. R. 132-1 en R. 132-2 C.consomm. op grond van art. L. 132-1, tweede resp. derde lid C.consomm. In Nederland zijn de lijsten te vinden in resp. art. 6:237 en 6:236 NBW en in Duitsland in § 308 resp. § 309 BGB. In de laatste twee landen gelden de vermoedens van de oneerlijke aard van de bedingen evenwel enkel met betrekking tot overeenkomsten gesloten tussen professionelen en consumenten.

[1034] Art. VI.83 WER leest immers dat de bedingen uit de lijst "in elk geval onrechtmatig" zijn.

[1035] Engeland kent immers een *lichtgrijze* lijst van oneerlijke bedingen: UTCCR, reg 5(5) bevat een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die oneerlijk *kunnen* bevonden worden door de rechter. Die lijst introduceert met andere woorden geen juridische vermoedens, doch wel een aantal *verdachte*

Concreet impliceert dit dat de rechter die vaststelt dat een beding in een consumentenovereenkomst voldoet aan de beschrijving van één van de bepalingen uit de lijst, *ipso facto* tot de vernietiging van het beding moet overgaan. Bewijs van kennelijk onevenwicht kan niet meer worden geëist van de consument.[1036]

367. **Grijs tintje: grote appreciatiemarge. –** Ondanks het feit dat ons consumentenrecht dus een zwarte lijst kent, zijn de bepalingen nochtans erg open opgesteld, waardoor de appreciatie van de rechter vaak nog een grote rol blijft spelen.[1037] Er wordt daarom ook terecht gewaagd van een zwarte lijst met een *grijs tintje*.[1038]

8.3. ITALIË: GRIJZE, (GIT)ZWARTE EN STOFFIGE LIJST

368. **Twee/drie lijsten. –** Italië heeft in de Codice del consumo een *duaal lijststelsel*[1039] uitgebouwd.[1040] Deze twee lijsten komen te staan naast de voormelde "oude" en weinig effectieve (*stoffige*?) lijst in de Codice civile van 1942.

369. **Codice civile: stoffige lijst. –** Er werd reeds gewezen op het bestaan en de eigenschappen van de lijst uit artikel 1341, tweede lid van de Codice civile. Die bepaling vereist met name dat een aantal soorten bedingen in een afzonderlijk geschrift worden opgenomen.[1041] Zo dit niet gebeurt, zijn die bedingen niet-tegenwerpelijk aan de wederpartij bij een toetredingsovereenkomst.[1042] Door haar louter formele karakter wordt er gesteld dat die bepaling weinig effectieve bescherming biedt. Concreet handelt de bepaling over bedingen die ten voordele van degene van wie de bedingen uitgaat een aansprakelijkheidsbeperking invoert of hem de mogelijkheid toebedeelt om de overeenkomst op te zeggen of de uitvoering ervan op te schorten. Voorts betreft het bedingen die de mogelijkheid voor de wederpartij om excepties op te werpen aan banden leggen of die zijn contractuele vrijheid ten aanzien van derden beperken. Tot slot vallen ook bedingen houdende een stilzwijgende verlenging of vernieuwing ten nadele van de wederpartij, alsook arbitragebedingen en forumkeuzebedingen onder het regime.[1043]

categorieën (P. NEBBIA, *Study*, 152). Over de concrete invulling van die verdachte lijst, zie OFFICE OF FAIR TRADING, *Guidance for the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (OFT311)*, www.gov.uk/government/publications/unfair-contract-terms-guidance--2, 2008, 88 p.

[1036] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 213, nr. 255; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 388.

[1037] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 214, nr. 257.

[1038] I. DEMUYNCK, "De onrechtmatige bedingen in België: a never ending story", *CBR Jaarboek* 1998-99, (311) 343 en S. STIJNS, *WHPC na 1998*, 157, nr. 27.

[1039] De terminologie werd ontleend aan P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 213, nr. 256 en V. ROPPO, *Workshop 3 – 'Unfairness'*, 138.

[1040] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 92-95, nr. 2; E. PIRO, *Tutela*, 24.

[1041] Zie *supra*, nr. 288.

[1042] Zie ook *infra*, nr. 434 e.v.

[1043] Voor een uitgebreidere bespreking van deze verschillende bedingen, wordt verwezen naar E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 10-12.

370. **Codice del consumo: grijze lijst. –** Naast die 'gemeenrechtelijke' lijst zijn er de lijsten uit het leerstuk van de oneerlijke bedingen. De eerste en veruit langste lijst is een eigenlijke grijze lijst.[1044] De wet bepaalt met name dat de (tweeëntwintig) opgesomde bedingen[1045] vermoed worden oneerlijk te zijn tot bewijs van het tegendeel.[1046] Het komt toe aan de professioneel om het tegendeel te bewijzen en in een gemotiveerde gerechtelijke beslissing[1047] te laten vaststellen. Dit dient te gebeuren aan de hand van de algemene criteria van de open norm en zal uiteraard moeilijk zijn.[1048] Concreet betekent dit dat de professioneel zal trachten zich te beroepen op de bijzondere aard van het goed of de dienst dat het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt[1049], op de omstandigheid dat het evenwicht misschien via een ander, consumentvriendelijk beding wordt bereikt[1050], dan wel op het bewijs dat individuele onderhandelingen plaatsvonden[1051], waardoor de overeenkomst immers uit het toepassingsgebied van de regeling wordt gesloten[1052].

371. **Codice del consumo: gitzwarte lijst. –** Een vreemd geval is evenwel de andere lijst. Wat vooreerst de aandacht trekt, is dat die oplijsting niet – zoals in andere rechtsstelsels – vlak na of voor de grijze lijst komt. Integendeel werd beslist om die lijst in te voegen in het tweede lid van het artikel over de privaatrechtelijke sancties.[1053] Voorts werd reeds gewezen op het bijzondere toepassingsgebied: de drie opgelijste bedingen worden immers gesanctioneerd met de *nullità*[1054] ongeacht of ze individueel werden onderhandeld. Op dit punt is er dus een volledige tegenstelling aan de bepalingen uit de grijze lijst. Een dergelijke eigenschap is ook niet terug te vinden in de Nederlandse, Franse of Duitse zwarte lijst, waardoor het past hier te spreken van een *gitzwarte* lijst.

372. **Gitzwarte lijst: (on)weerlegbaar vermoeden? –** Een derde aspect van de Italiaanse gitzwarte lijst, betreft de aard van het juridisch vermoeden dat ervan uitgaat. Zoals immers reeds opgemerkt, kenmerken de buitenlandse zwarte lijsten zich door de aanwezigheid van een vermoeden *iuris et de iure* van de oneerlijke aard. Over het al dan niet weerlegbare karakter van het vermoeden doet de wet evenwel geen uitspraak. Twee stellingen worden dan ook verdedigd in de doctrine met betrekking tot de mogelijkheid voor de professioneel om tegenbewijs van de oneerlijke aard van de bedingen te leveren.

[1044] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 93, nr. 2; P. NEBBIA, *Study*, 148.

[1045] De bedingen worden in de voorbereidende werken in twee categorieën opgedeeld, m.n. *onevenwichtsbedingen*, die een asymmetrie in de inhoudelijke of formele situatie van partijen installeren (bv. bedingen m.b.t. aansprakelijkheid), en *verrassingsbedingen*, waarbij het ovenwicht volgt uit een voor de consument niet redelijkerwijze te verwachten contractuele situatie (bv. opzegbeding, beperking van excepties) (Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*, 10; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 99; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2).

[1046] Art. 33, tweede lid cod.cons.

[1047] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 96.

[1048] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 97, nr. 3; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 49; P. NEBBIA, *Study*, 148; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 5.

[1049] Art. 34, eerste lid, eerste halfzin cod.cons.

[1050] Art. 34, eerste lid, tweede halfzin cod.cons.

[1051] Art. 34, vierde lid cod.cons.

[1052] Zie *supra*, nr. 102.

[1053] Art. 36, tweede lid cod.cons.

[1054] Zie over de sanctie, *infra*, nr. 410.

373. **Gitzwarte lijst: A. Weerlegbaar vermoeden. –** Een eerste these stelt dat de professioneel weldegelijk het tegenbewijs kan aanbrengen. Steun hiervoor wordt gevonden in tekstuele argumenten. De wet bepaalt met name vooreerst nergens dat tegenbewijs *niet* mogelijk is. Ten tweede kan uit de specifieke uitsluiting van de individuele onderhandelingen als bewijsmiddel *a contrario* worden afgeleid dat andere bewijzen wel mogelijk zijn. Tot slot wordt er op gewezen dat de bedingen uit de zwarte lijst óók voorkomen op de grijze lijst.[1055] Indien de wetgever dan een ander soort vermoeden had willen invoeren, waarom somt hij die bedingen dan nogmaals op in een bepaling die *wel* de weerlegging toestaat?[1056]

374. **Gitzwarte lijst: B. Onweerlegbaar vermoeden. –** De meerderheid van de doctrine[1057] is evenwel de tegengestelde opinie genegen en bepleit aldus dat tegenbewijs niet mogelijk is. Met name wordt een teleologisch en rechtsvergelijkend argument aangedragen: de gedachte luidt dat de wetgever een aantal bepalingen specifiek aan een strengere regeling wilde onderwerpen, naar buitenlands model.

375. **Gitzwarte lijst: relevantie van de aard van het vermoeden. –** Overigens moet het belang van deze discussie ook worden gerelativeerd. Zelfs indien immers wordt besloten tot een weerlegbaar vermoeden, is het praktisch moeilijk in te zien hoe het tegenbewijs kan worden geleverd. Vooreerst wordt het tegenbewijs op grond van de individuele onderhandelingen immers door de wet uitdrukkelijk niet aanvaard. Ten tweede betreft het concreet bedingen die (a) de aansprakelijkheid van de professioneel beperken of uitsluiten in geval van personenschade of overlijden van de consument ten gevolge van zijn handelen of nalaten[1058], die (b) de vorderingsmogelijkheden van de consument bij gedeeltelijke of gehele, gebrekige of niet-uitvoering beperken of uitsluiten en die (c) de instemming van de consument vaststellen met betrekking tot voorwaarden waarvan hij geen kennis heeft kunnen nemen voor het sluiten van de overeenkomst. Vooral bij die aansprakelijkheidsbeperking (a) en het instemmingsbeding (c) valt moeilijk in te zien welke elementen de rechter ertoe brengen kunnen alsnog te oordelen dat het beding niet oneerlijk is.[1059]

[1055] Zie m.n. art. 33, tweede lid, a), b) en l) cod.cons. De bepalingen uit b) en l) komen evenwel niet woord per woord overeen, maar worden inhoudelijk synoniem geacht (E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 97).

[1056] O.a G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie: art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, IPSOA, 1996, 10 e.v.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 97; E. NAVARETTA, "Commento all'art. 1469 quinquies, 2° comma" in "Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore", *Le nuove leggi civ. comm.* 1997, 1224. De argumenten werden samengevat door A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98, nr. 3 en vn. 29. Zie ook K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 141.

[1057] R. CARLEO, "Commento all'art. 1469 *quinquies*" in G. ALPA, C. CARICATO en S. PATTI (eds.), *Il Codice Civile Commentario – Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milaan, Giuffrè, 2003, 1065 e.v.; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98, nr. 3; F. DI MARZIO, "Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore", *Rivista di diritto privato* 2005, 866; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 60; P. NEBBIA, *Study*, 148 (impliciet).

[1058] Vgl. in Engeland, UCTA 1977, s 2(1).

[1059] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 97-98, nr. 3; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 97-98.

9. SANCTIES EN HANDHAVING

> **“** ***En Angleterre et en France, la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire. Aux Etats-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges.*** **„**
>
> — E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Parijs, M. Giard & Cie, 1921, 12. Het origineel dateert uit 1866.

376. **Veelbesproken subthema. –** In deze laatste afdeling wordt nader ingegaan op het meest bewogen aspect van de leer der oneerlijke bedingen: de sancties en de handhaving.

377. **Gerechtelijke *versus* administratieve handhaving. –** In dit verband wordt hieronder het onderscheid gemaakt tussen enerzijds de rechterlijke controlemechanismen en anderzijds de in de lidstaten georganiseerde administratieve handhavingsmechanismen.[1060] Ook andere controlemechanismen zijn denkbaar, doch werden niet relevant bevonden voor onderhavige thesis.[1061]

378. **Administratieve handhaving. –** De administratieve handhavingsmechanismen komen slechts kort aan bod in wat volgt. Een uitgebreide vergelijking van de verschillen in deze mechanismen tussen de bestudeerde stelsels, zou immers deze verhandeling ver te buiten gaan.

379. **Gerechtelijke handhaving: preventie. –** De rechterlijke controlemechanismen worden voorts verder opgesplitst in twee categorieën.[1062] Vooreerst voorziet de Richtlijn Oneerlijke Bedingen dat

> **“** [*d*]*e Lid-Staten* (…) *erop toe* [*zien*] *dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen*

[1060] R. STEENNOT, “Private and Public Enforcement in the field of Unfair Contract Terms”, te verschijnen in *ERPL* in de loop van 2015 (hierna: R. STEENNOT, *Enforcement*), nr. 6.

[1061] Zie M.J. CALAIS-AULOY, “Workshop 5 – Clearing of the Market: the Mechanism for Controlling Unfair Terms (Art. 7)” in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, (189) (hierna: M.J. CALAIS-AULOY, *Workshop 5 – Clearing of the Market*) 191; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 405-406 en COM(2000)248 def., 24-27, met betrekking tot (voornamelijk) privaatrechtelijke sancties. Tevens zijn er lidstaten die het gebruik van oneerlijke bedingen publiekrechtelijk sanctioneren, zoals Frankrijk (administratieve geldboetes) (N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 96-97).

[1062] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, nr. 502; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 150, nr. 303; V. RIZZO, *Profili storici*, 47; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 6.

> *bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.* „[1063]

Deze middelen worden de preventieve rechterlijke controlemechanismen genoemd. Zij werken (1) *a priori*, hebben met andere woorden tot doel om het gebruik van oneerlijke bedingen te vermijden, en (2) collectief.[1064] Opnieuw worden deze hieronder slechts op summiere wijze behandeld.

380. **Gerechtelijke handhaving: curatief. –** De tweede, en meest interessante categorie van rechterlijke controlemechanismen, worden vanuit Europeesrechtelijk perspectief aangeduid als de regels van curatieve controle. Eigen aan laatstgenoemde controlemechanismen, is dat ze (1) *a posteriori* worden opgeworpen, dat wil zeggen ter remediëring aan een wederrechtelijk gebruik van oneerlijke bedingen dat reeds plaatsvond, alsook dat ze (2) individueel zijn.[1065] Die curatieve controle valt internrechtelijk dan ook samen met het concept van de privaatrechtelijke sancties.

381. **Belang van de curatieve gerechtelijke handhaving. –** Hieronder wordt voornamelijk ingegaan op de curatieve controle, en dus op de privaatrechtelijke sancties verbonden aan de vaststelling van de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in een consumentenovereenkomst. De focus op dit aspect van de controlemechanismes laat zich verantwoorden door het grote belang voor de betrokken actoren (consument én professioneel), alsook door de overvloedige Europese rechtspraak die op dit punt al is gewezen.

9.1. CURATIEVE CONTROLE

382. **Privaatrechtelijke sancties. –** De curatieve controle valt samen met wat naar intern recht wordt geclassificeerd als de privaatrechtelijke sancties.

383. **De Richtlijn. –** Met name bepaalt de Richtlijn in haar artikel 6.1 dat

> “ [*d*]*e Lid-Staten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper* [*i.e.* de professioneel] *en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument* niet binden *en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.* „[1066]

384. **Impact op het nationale contractenrecht. –** De Richtlijn Oneerlijke Bedingen op zichzelf was destijds al een bijzonder instrument. Voor één van de eerste malen greep de communautaire normgever ten gronde in het contractenrecht van de Europese lidstaten in.[1067] Dat vanop het Europese niveau evenwel ook bijzondere voorwaarden worden gesteld aan de privaatrechtelijke sancties die bij de schending van de regels van de

[1063] Art. 7.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[1064] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 406, nr. 512.
[1065] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, nr. 502.
[1066] Eigen cursivering.
[1067] T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*, 14.

Richtlijn dienen te worden toegepast, lijkt dus *a fortiori* een schokgolf te hebben teweeggebracht in het nationale contractenrecht van de verschillende lidstaten.

385. **Hof van Justitie. –** Wat nog het meest zou kunnen doen verbazen, is dat het niet zozeer de Europese normgever, doch wel het Hof van Justitie is, dat met betrekking tot die privaatrechtelijke sancties een eigen beleid lijkt te hebben uitgestippeld, hierin weliswaar gesteund door de kennelijke bedoelingen van de communautaire regelgever. In diverse arresten wordt sinds 2000[1068] met een toenemende nauwkeurigheidsgraad geoordeeld aan welke voorwaarden de privaatrechtelijke sancties dienen te voldoen, opdat zij in overeenstemming met de Richtlijn worden geacht. Hierdoor lijkt, in verband met consumentenovereenkomsten althans, een nieuw, autonoom communautair contractueel sanctierecht te zijn gecreëerd.

386. **Ondergeschikt karakter van het nationaal privaatrechtelijk sanctierecht. –** Het gevolg van deze vaststelling, is dat de nationale rechter na het acteren van de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, slechts nog het nationale recht inzake contractuele sancties mag toepassen, in die mate dat dat sanctierecht niet conflicteert met wat op supranationaal niveau werd bepaald.[1069]

387. **'Law in the books' *versus* 'law in action'? –** Die gedachtegang is niet zonder belang. Het komt immers voor dat vele juristen in de Europese lidstaten weinig vertrouwd zijn met de Europese criteria inzake oneerlijke bedingen.[1070] Zo lijken bijvoorbeeld de (vaak onuitgegeven) vonnissen, bij verstek gewezen tegen een niet-verschenen consument, houdende veroordeling tot het betalen van een op algemene voorwaarden gegronde vergoeding, legio.[1071] Zoals hieronder zal worden aangetoond en zonder uitspraak te willen doen over de wenselijkheid van die rechtspraak, vereist het Hof van Justitie eigenlijk dat de nationale rechter ook in verstekzaken ambtshalve de aan- of afwezigheid van oneerlijke bedingen in standaardovereenkomsten vaststelt. De vraag is dus maar of er geen kloof is tussen enerzijds de theoretische, door de Europese rechtspraak uitgewerkte oneerlijkebedingenleer, en anderzijds de praktijk, *i.e.* het recht zoals het wordt toegepast door de lagere rechtscolleges in ons land. Is met andere woorden de bescherming van de consument op dit punt niet deels illusoir?

[1068] Enigszins ironisch is het overigens dat de Commissie er zich in 2000 nog over beklaagt dat er in de eerste vijf jaren quasi geen Europese rechtspraak inzake de Richtlijn is gewezen (COM(2000)248 def., 34).
[1069] Vgl. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 155, nr. 315 en 157, nr. 319.
[1070] Vgl. J. SMITS, "Plurality of sources in European Private Law, or: How to live with legal diversity?" in R. BROWNSWORD (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart, 2011, (323) (hierna: J. SMITS, *Plurality of sources*) 326-327, die er o.m. op wijst dat 'nationaal' en 'Europees' privaatrecht nog steeds als volstrekt gescheiden leerstukken worden behandeld, onder meer in de literatuur. I.v.m. Nederland, zie ook W.H. VAN BOOM en R.J.P. KOTTENHAGEN, "De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht" in F. DE LY, K.F. HAAK en W.H. VAN BOOM (eds.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, (133) 139 en 153-154.
[1071] Vgl. de vaststellingen (ondertussen evenwel al daterend van ruim 15 jaar geleden) in T. BOURGOIGNIE, *L'expérience en Belgique*, 88-89 en de bemerkingen van E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 540, nr. 916.

388. **Randvraag: *quid* met een uitgebreider toepassingsgebied? –** Tot slot lijkt het aangewezen nog een randbemerking te maken. Hoewel de kwestie tot op vandaag nog geen aanleiding tot rechtspraak lijkt te hebben gegeven, kan de vraag zich stellen of de communautaire rechtspraak inzake de sancties ook kan (mag?) worden toegepast in de gevallen die niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. Zoals aangehaald[1072] is het aan de lidstaten in beginsel toegestaan om in hun nationale rechtsordes het toepassingsgebied van de oneerlijkebedingenleer te verruimen. België deed dit door *ratione materiae* de leer inzake oneerlijke bedingen evenzeer toe te passen op bedingen die wel individueel onderhandeld werden. Hoewel het aantal zaken met betrekking tot dergelijke bedingen erg beperkt zal zijn[1073], moet toch worden overwogen dat in dat soort casussen de Europese regels eigenlijk geen toepassing zouden kunnen vinden. Immers is de uitbreiding van het toepassingsgebied van de bescherming net gegrond op het gegeven dat de Europese regelgever op dat punt nog niet is opgetreden.[1074] O.i. lijkt er dan ook *de iure condito* geen solide rechtsgrond voorhanden om in de gevallen die onder het *verbrede toepassingsgebied* van de bescherming vallen, ook af te wijken van de privaatrechtelijke sanctieregeling naar nationaal, gemeen recht. Nochtans lijkt dit *de iure condendo* wenselijk, met het oog op rechtszekerheid en harmonisatie.

389. **Overzicht. –** In wat volgt, wordt vooreerst de evolutie in de communautaire normatieve geschiedenis geduid (9.1.1). Daarna volgt een synthese van de omzetting in de Belgische rechtsorde (9.1.2.1). Teneinde de lezer vertrouwd te maken met het Italiaanse recht op dit punt, worden vervolgens eerst de gemeenrechtelijke sancties bij overeenkomsten in het Italiaanse recht geduid (9.1.2.2.1), waarna de omzettingsperikelen met betrekking tot de Richtlijn worden weergegeven (9.1.2.2.2). Een goed begrip van de curatieve sanctie kan evenwel slechts worden bereikt met inachtname van de (grote hoeveelheid) Europese rechtspraak, zodat de verdere detaillering van de nationale sancties samen met die uitspraken wordt behandeld (9.1.3). Tot slot volgt een algemene beschouwing van het stelsel van de curatieve sancties (9.1.4).

9.1.1. VOORGESCHIEDENIS

9.1.1.1. VOORBEREIDENDE WERKZAAMHEDEN

390. **'Niet binden'. –** De huidige formulering van de Richtlijn inzake de sanctie, luidt dat de oneerlijke bedingen de consument *niet binden* (*not* (…) *binding on the consumer*, *ne lient pas les consommateurs*, *non vincolano il consumatore*).[1075] Evenwel heeft de lezing van die bepalingen een hele weg afgelegd.[1076]

[1072] Zie *supra*, nr. 194 t.e.m. 196.
[1073] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 73-74, nr. 88; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 16.
[1074] P. NEBBIA, *Study*, 88-89. Zie *supra*, nr. 195.
[1075] Art. 6.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. In wat volgt, worden de taalversies steeds in dezelfde volgorde weergegeven: Nederlands, Engels, Frans, Italiaans.
[1076] Zie ook M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 280-283.

391. **Oorspronkelijk voorstel. –** In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie werd voorgeschreven dat oneerlijke bedingen *nietig* zouden zijn.[1077] In de andere taalversies las dat: *shall be void, frappées de nullité* en *nulle*. Die schrijfwijze overleefde de eerste lezing van het Europees Parlement zonder amendementen, zodat zij in het gewijzigde voorstel van de Commissie tevens overeind bleef.[1078]

392. **'Niet ingeroepen'. –** De Raad wijzigt de bepaling echter in haar gemeenschappelijk standpunt.[1079] Zij staat een herformulering naar *niet tegen de consument worden ingeroepen, declared void, inopposables* en *non opponibile* voor.

393. **Commissie gaat akkoord. –** De Commissie gaat akkoord met die wijziging. Volgens haar laat de nieuwe formulering de lidstaten immers toe om zelf "de passende rechtsregeling te kiezen".[1080] Wat evenwel doet verbazen, is dat de Commissie in de Nederlandse, Engelse en Italiaanse taalversie van de bespreking van het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, naar de sanctie refereert met terminologie die totaal verschilt van deze die door de Raad wordt gebruikt. Zo gewaagt de Commissie van *het niet in beroep kunnen gaan tegen de consument*[1081], *inapplicability vis-à-vis the consumer*[1082] en *inoppugnabilità al consumatore* (niet-aanvechtbaarheid tegen de consument)[1083]. Het hoeft weinig betoog dat die vertalingen weinig kwaliteitsvol zijn.

394. **Finale wijziging. –** Na de tweede lezing van het Europees parlement werd de tekst niettemin opnieuw gewijzigd door de Commissie, en wel in de zin van de finale lezing van de Richtlijn.[1084] De keuze van de Commissie om het *niet binden* als sanctie te nemen, wordt verantwoord doordat de uitdrukking *niet kunnen inroepen tegen* "niet 'neutraal' genoeg" voorkomt.[1085]

9.1.1.2. OPINIE VAN DE COMMISSIE

395. **Open formulering. –** Het lijkt er dus op dat de communautaire wetgever de sanctie bewust heel open heeft willen formuleren, teneinde de lidstaten toe te laten de best aangepaste eigen privaatrechtelijke sanctie te installeren.[1086] Op dit punt kan met name worden gewezen op de toelichting bij de finale versie van het voorstel van de richtlijn, waarin de Commissie meent dat

> " *de exacte juridische implicaties van deze gevolgtrekking (relatieve of absolute nietigheid, non-existentie, niet-inroepbaarheid enz.)* (…) *echter aan de*

[1077] Art. 3, eerste streepje in COM(90)322 def.
[1078] Art. 7, tweede streepje in COM(92)66 def.
[1079] SEC(92)1944 def., 5-6. Zie ook COM(93)11 def., 2, amendement nr. 5 en 6, 5, considerans 21 en 6, art. 6.1.
[1080] SEC(92)1944 def., 5.
[1081] SEC(92)1944 def., 5 (Nederlandse versie).
[1082] SEC(92)1944 def., 6 (Engelse versie).
[1083] SEC(92)1944 def., 6 (Italiaanse versie).
[1084] COM(93)11 def., 5, considerans 21 en 6, art. 6.1.
[1085] COM(93)11 def., 2, amendement nr. 5. Enkele aanhalingstekens overgenomen uit de tekst.
[1086] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, nr. 503. *Cf.* K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 151-152.

> *rechterlijke macht* [bedoeld wordt: het rechtsstelsel[1087]] *van de afzonderlijke lidstaten* [*dienen*] *te worden overgelaten.* „[1088]

396. **Drie voorwaarden.** – Bij de keuze van die sanctie moet de nationale wetgever er, evenzeer volgens de Commissie, over waken dat drie voorwaarden zijn vervuld.[1089] De gekozen remedie moet name terugwerken *ex tunc*, ook ambtshalve door de rechter op te werpen zijn, en evenzeer buitengerechtelijk af te dwingen zijn.[1090] Voornamelijk die laatste twee aspecten zijn opvallend.

397. **Ambtshalve opwerpbaarheid. –** Over de ambtshalve opwerping van de sanctie bij oneerlijke bedingen is reeds een uitgebreid arsenaal aan arresten geveld door de Europese rechter. Die vereiste staat dus buiten kijf. Hierop wordt *infra* nader ingegaan.[1091]

398. **Buitengerechtelijk karakter. –** Wat betreft de buitengerechtelijke afdwingbaarheid daarentegen, is het enigszins vreemd te moeten vaststellen dat hierover vooralsnog geen Europese rechtspraak is gewezen.[1092] Ook de Europese doctrine lijkt weinig aandacht te besteden aan deze voorwaarde.[1093] Nochtans is het aan de Belgische jurist alvast duidelijk dat geen enkele van de sancties uit het Belgische privaatrecht voldoet aan die vereiste.[1094] Het is dan ook maar af te wachten of het Hof van Justitie de visie van de Commissie op dit punt zal bijtreden.

9.1.2. OMZETTING IN DE NATIONALE RECHTSORDES

399. **Verschillende mechanismen. –** Gezien de open formulering van de Richtlijn[1095] werden door de talrijke lidstaten verschillende internrechtelijke mechanismen ingevoerd om de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten te sanctioneren.[1096]

400. **Nederland. –** De Nederlandse wetgever koos voor de *vernietigbaarheid* als sanctie.[1097] Net als onze Belgische nietigheid, vereist die burgerlijke sanctie een actief ingrijpen van één van de partijen, opdat ze volledig uitwerking zou krijgen.[1098] Waar de Belgische nietigheid evenwel hoe dan ook een rechterlijk ingrijpen vereist, is dit niet het geval met de Nederlandse vernietiging. Naast een rechterlijke uitspraak[1099] kan immers

[1087] De Engelse versie leest immers: "*should be left to the legal system in each Member State*".
[1088] COM(93)11 def., 2, amendement nr. 5. De cursieve haakjes werden overgenomen uit de bron.
[1089] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 400, nr. 504.
[1090] COM(2000)248 def.
[1091] Zie m.n. nr. 455 e.v.
[1092] Zie *infra*, nr. 453 t.e.m. 525.
[1093] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 400-401, nr. 504.
[1094] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 424-425, nr. 538-539; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 702-746; S. STIJNS, *Nietig?*, 929-930, nr. 17. Zie *infra*, nr. 533.
[1095] Zie *supra*, nr. 395.
[1096] Voor een volledig overzicht, zie H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 391-395.
[1097] Art. 6:233 NBW en art. 6:246 *j°* 3:40, tweede lid NBW.
[1098] B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 85, nr. 4.3.
[1099] Art. 3:51 NBW.

ook een buitengerechtelijke verklaring[1100] ertoe leiden dat een bepaling effectief (retroactief[1101]) wordt *vernietigd*.[1102] Zo'n verklaring gebeurt in de regel vormloos en verjaart drie jaar[1103] nadat de *gebruiker*[1104] van de algemene voorwaarden zich op het beding beriep, behoudens (desgevallend impliciete[1105]) bevestiging.[1106]

401. **Duitsland en Frankrijk. –** In Duitsland worden oneerlijke bedingen voorts *unwirksam*[1107] geacht.[1108] In Frankrijk worden ze daarentegen *réputées non écrites*[1109], een sanctie die al de nodige inkt deed vloeien.[1110]

9.1.2.1. BELGIË

402. **Nietigheid. –** Zoals ook het geval blijkt in Spanje, Portugal, Zweden en Denemarken[1111], werd door de Belgische wetgever de nietigheid geschikt geacht om oneerlijke bedingen te sanctioneren. Op vandaag leest de wet als volgt:

> " *Elk onrechtmatig beding is verboden en nietig.*
> *De overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan.*
> *De consument kan geen afstand doen van de rechten die hem bij deze afdeling worden toegekend.* „[1112]

Het werd al meteen door de rechtsleer als vrij evident ervaren dat deze sanctie een partiële (gedeeltelijke) nietigheid betreft. De wet zegt het immers zelf: als de overeenkomst zonder het beding – dat in beginsel *secundaire* verbintenissen regelt – kan blijven voortbestaan, dan blijven partijen gebonden.[1113]

403. **Twistpunten. –** Al gauw stelden zich evenwel vragen over welke andere eigenschappen die nietigheid moesten worden toebedeeld.[1114] Vooreerst ontstond er

[1100] Art. 3:49 NBW.
[1101] Art. 3:53 NBW. B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 85, nr. 4.3.
[1102] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 400, nr. 504; E.H. HONDIUS, *La directive et les états membres*, 589, nr. 11; B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 85, nr. 4.3.
[1103] Art. 3:52, eerste lid, d NBW.
[1104] Zie, over de *gebruiker*, *supra*, nr. 042.
[1105] Art. 3:55, tweede lid NBW.
[1106] B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*, 85, nr. 4.3.
[1107] § 307(1) BGB.
[1108] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, vn. 1870; K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 152-154; S. STIJNS, "Zijn onrechtmatige bedingen nietig?" in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (921) (hierna: S. STIJNS, *Nietig?*) 936, nr. 29.
[1109] Art. L. 132-1, zesde lid C.consomm.
[1110] *Cf.* S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Parijs, Economica, 2006, xiv+380 p.; G. RAYMOND, "Clauses abusives" in *JurisClasseur Concurrence - Consommation* 2013, afl. 820, nr. 99-100; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, nr. 74-81.
[1111] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, vn. 1869.
[1112] Art. VI.84, §1 WER.
[1113] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 430, nr. 545.
[1114] Vgl. H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 52-53.

betwisting over het verplichte of facultatieve karakter van de nietigheid. Een nog fundamentelere discussie betrof vervolgens haar relatieve of absolute aard.

404. **Verplichte sanctie. –** Met betrekking tot het verplichte of facultatieve karakter van de nietigheidssanctie, dient te worden gewezen op het gegeven dat er in de Wet Handelspraktijken initieel werd voorzien dat de bedingen uit de open norm nietig *konden* worden verklaard.[1115] Sedert 1998 *is* een oneerlijk beding daarentegen (verboden en) nietig. Bijgevolg kan er vandaag maar weinig discussie bestaan over het verplichte karakter van de nietigheidssanctie: wanneer de rechter het bestaan van een oneerlijk beding vaststelt, *moet* hij het beding in beginsel vernietigen.[1116]

405. **Relatieve nietigheid. –** Meer discussie bestond evenwel over het relatieve, dan wel absolute karakter van de nietigheid.[1117] De meerderheidsrechtsleer leek voornamelijk door de argumenten[1118] in het voordeel van de relatieve nietigheid te zijn overtuigd.[1119] Ook het Hof van Cassatie staat die interpretatie voor.[1120] Echter wordt evenzeer aanvaard dat het Belgische regime van de relatieve nietigheid, voor wat de oneerlijke bedingen betreft, moet worden gecorrigeerd aan de hand van de Europese vereisten[1121], zoals door de verplichting voor de rechter om ambtshalve de oneerlijke aard van bedingen op te werpen.[1122]

406. **Irrelevantie van de discussie van absolute of relatieve nietigheid. –** Het komt daarom voor dat de discussie naar de absolute of relatieve nietigheid vandaag veel aan belang heeft ingeboet.[1123] Vooreerst is er met name de waslijst aan rechtspraak van het Hof van Justitie, dat een geheel eigen sanctiemechanisme bij de oneerlijke bedingen schijnt te installeren.[1124] Door de vele preciseringen vanop dat supranationale niveau, lijken de privaatrechtelijke sancties die de nationale wetgevers oorspronkelijk hadden voorzien, telkens weer te moeten worden bijgeschaafd en met uitzonderingen worden aangevuld. Er dient dan ook voorzichtig te worden gewaagd van een sanctieleer eigen aan het communautaire consumentencontentieux, waarvan de contouren nog niet volledig

[1115] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 423-424, nr. 538, met verwijzing naar COM(2006)744 def., 19.
[1116] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 423-424, nr. 538.
[1117] Over het onderscheid tussen die twee sancties, zie o.m. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 425-426, nr. 540; R. DEKKERS *et al.*, *Handboek burgerlijk recht, III*, 109-110, nr. 210-212; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 98-102.
[1118] Een overzicht van de argumenten is te vinden in P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 426-427, nr. 541 en R. STEENNOT, "Artikel 75 WMPC" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 5.
[1119] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 427, nr. 541; R. STEENNOT, "Artikel 75 WMPC" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 5.
[1120] Dit wordt althans afgeleid uit Cass. (BE) 26 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1119, *JT* 2005, 679, *Pas.* 2005, 1115, *Res Jur.Imm.* 2006, 26, *RW* 2007-08, 609 (samenvatting) en *TBBR* 2007, 52, waar het Hof het louter dwingend karakter bevestigde in verband met de oneerlijkbedingenleer in de Wet Vrije Beroepen. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 428-429, nr. 543; R. STEENNOT, "Artikel 75 WMPC" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 6; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 151-153, nr. 21.
[1121] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 429, nr. 543; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 707.
[1122] Zie *infra*, nr. 460.
[1123] R. STEENNOT, "Artikel 75 WMPC" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 3.
[1124] Zie *infra*, nr. 526.

duidelijk zijn, maar waarin de tweedeling tussen absolute en relatieve nietigheid weinig plaats heeft.[1125]

407. **Cassatie 14 april 2005: *jura novit curia*. –** Voorts kan er worden gewezen op een aantal recente ontwikkelingen in de Belgische rechtsorde in verband met de verplichting of mogelijkheid van de rechter om nietigheidsgronden op te werpen. Die ontwikkelingen zijn het gevolg van een vaste rechtspraak van ons Hof van Cassatie sinds 2005.[1126] In een notendop luidt het dat de burgerlijke rechter het geschil moet beslechten aan de hand van de toepasselijke normen, al worden die niet uitdrukkelijk door de partijen aangedragen: *jura novit curia*. Dit impliceert onder meer dat hij – ook relatieve – nietigheidsgronden uit het gemeen verbintenissenrecht moet *opwerpen*. Partijen moeten vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om te beslissen of ze die opgeworpen (relatieve) nietigheidsgrond willen inroepen, dan wel de nietigheid willen bevestigen.[1127]

408. **Nuance. –** De implicatie van voormelde cassatierechtspraak lijkt dat één van de klassieke elementen ter onderscheiding van de relatieve en absolute nietigheid, de ambtshalve opwerpbaarheid, wat afbrokkelt. Evenwel behoeft dit enige nuance: de rechter heeft volgens die cassatierechtspraak inderdaad wel de mogelijkheid om nietigheidsgronden *op te werpen*, doch enkel wanneer de nietigheidsgrond absoluut is, moet hij ook ambtshalve overgaan tot vernietiging. Bij een relatieve nietigheidsgrond blijft hij afhankelijk van de wil van partijen. Het onderscheid in ambtshalve bevoegdheid van de rechter is dus eigenlijk niet verdwenen, doch wel *verplaatst* van het opwerpen naar het effectief vernietigen.[1128]

9.1.2.2. ITALIË

409. **Overzicht. –** Alvorens de Europese rechtspraak met betrekking tot de curatieve controle te behandelen, is het aangewezen de lezer vertrouwd te maken met een aantal aspecten uit de Italiaanse rechtsorde. Met name wordt hieronder vooreerst een overzicht gegeven van de algemene tendensen van de sancties voor gebreken in het Italiaanse contractenrecht. Daarna worden de gevolgen van de (implementatie van de) Richtlijn Oneerlijke Bedingen voor die rechtsorde geschetst.

[1125] Vgl. C. CAUFFMAN, *Belgian Consumer Law Terminology*, 1348 en 1350-1351.

[1126] Cass. (BE) 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. P. DE KOSTER, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *err. JT* 2005, 796, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL, *Pas.* 2005, 862, concl. P. DE KOSTER, *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE, *Soc.Kron.* 2008, 497 (samenvatting) en *P&B* 2005, 300, concl. O.M., noot, 28 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2125, concl. J. GENICOT en *Pas.* 2009, 2023, concl. J. GENICOT, 2 april 2010, *JLMB* 2010, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2010, 1102 en *P&B* 2010, 216, 31 januari 2011, *Pas.* 2011, 356, 29 september 2011, *Pas.* 2011, 2107, concl. C. VANDEWAL en *RCJB* 2013, 201, noot J. VAN DROOGHENBROECK, 28 september 2012, *JT* 2013, 497, *JLMB* 2013, 1297, noot J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2012, 1784, *RW* 2012-13, 895, concl. C. VANDEWAL, noot J. VAN DONINCK en *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE en 30 januari 2014, *T.Not.* 2014, 754.

[1127] C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*, 42, nr. 7; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 427-428, nr. 543; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 157-158, nr. 24; T. TANGHE, "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. (BE) 28 september 2012), *TBBR* 2013, (236) (hierna: T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*) 238, nr. 4.

[1128] T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*.

9.1.2.2.1. GEMEENRECHTELIJKE SANCTIES IN HET ITALIAANSE CONTRACTENRECHT

410. **Vier remedies. –** Het Italiaanse contractenrecht is geïnspireerd op de Duitse Pandektisten[1129] en kent klassiek vier verschillende remedies: de *nullità* (nietigheid), de *annullamento* (vernietiging), de *rescissione* (verbreking) en de *risoluzione* (ontbinding).[1130]

411. **Remedies tegen ongeldigheid *versus* tegen wanprestatie. –** *Nullità*, *annullamento* en *rescissione* ageren tegen defecten die ontstonden voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst.[1131] Zij behoren alle drie tot de overkoepelende categorie van remedies tegen de *invalidità* (ongeldigheid) van overeenkomsten.[1132] De *risoluzione* ageert daarentegen tegen wanprestaties, en is daarom voor het vervolg van deze verhandeling niet relevant.[1133]

412. **'Rescissione'. –** De *rescissione* is te vergelijken met onze 'verbreking' (*rescision*)[1134], dit is het tenietgaan van een overeenkomst wegens benadeling.[1135] Ook die sanctie komt hieronder niet verder aan bod.

413. **'Annullamento' en 'nullità'. –** *Annullamento* (vernietiging) is het gevolg van de *annullabilità* (vernietigbaarheid) van een rechtshandeling. Parallel aan de wijze waarop de Belgische nietigheidsleer de relatieve van de absolute nietigheid onderscheidt, dient in de Italiaanse rechtsorde de *annullabilità* van de *nullità* te worden onderscheiden. Qua gevolgen komen zij evenwel overeen: beide sancties doen in beginsel de overeenkomst retroactief verdwijnen uit de rechtsorde.[1136]

9.1.2.2.1.1. NULLITÀ *VERSUS* ANNULLABILITÀ

414. ***Ratio*. –** Het uitganspunt is dat de *nullità*[1137] een algemeen belang beschermt, terwijl de *annullabilità* slechts strekt tot de bescherming van het belang van een welbepaalde

[1129] E. PIRO, *Tutela*, 56-57.
[1130] V. ROPPO, "I rimedi contrattuali: invalidità del contratto" in V. ROPPO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk 35 (hierna: V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*), nr. 2.
[1131] E. PIRO, *Tutela*, 54; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 2.
[1132] L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, "Patologie strutturali e funzionali del contratto" in L. NIVARRA, V. RICCIUTO en C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk VI, sectie III (hierna: L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*), nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 54; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 3.
[1133] V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 2.
[1134] De Nederlandstalige versie van ons Burgerlijk Wetboek spreekt misleidend van "vernietiging". Die term wordt evenwel door de rechtsleer zelden gebruikt. R. DEKKERS *et al.*, *Handboek burgerlijk recht, III*, 108, nr. 208.
[1135] V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 2 en 19-20.
[1136] V. ROPPO, "Il trattamento dei contratti invalidi" in V. ROPPO, *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, hoofdstuk 36 (hierna: V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*), nr. 7.
[1137] Art. 1418 c.c.

partij.[1138] Er wordt dan ook algemeen gesteld dat de *nullità* een hogere bescherming biedt dan de *annullabilità*.[1139] Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste verschillen.

415. **Gevallen.** – Vooreerst wordt er gesteld dat de *nullità* zich voordoet in een onbepaald aantal gevallen, daar waar de situaties waarin een overeenkomst *annullato* kan worden in beginsel beperkt zijn. Anders gesteld: de nietigheid is *virtuale* (virtueel), vereist niet noodzakelijkerwijze dat er een norm is die haar expliciet voorschrijft. Vernietigbaarheid treedt daarentegen alleen dan op, wanneer een wetskrachtige norm die sanctie heeft bepaald. De *annullabilità* wordt daarom ook *testuale* (tekstueel) genoemd.[1140]

416. **Verjaring.** – *Nullità* wordt door de Codice civile[1141] onverjaarbaar geacht.[1142] Dit behoeft evenwel twee nuances. De restitutieverbintenis die ontstaat ten gevolge van een alsnog uitgevoerde nietige overeenkomst, verjaart wel. Voorts moet ook rekening worden gehouden met de verkrijgende verjaring.[1143] De vordering tot *annullabilità* verjaart daarentegen vijf jaar[1144] na het einde van de oorzaak van de vernietigbaarheid van de overeenkomst, of na het sluiten ervan.[1145] Ook hier is enige nuance op zijn plaats. De exceptie van *annullabilità* is immers evenzeer onverjaarbaar.[1146]

417. **Inroepen van de sanctie.** – Analoog aan het Belgische onderscheid tussen relatieve en absolute nietigheid, kan *annullamento* enkel ingeroepen worden door de partij wiens belang wordt beschermd.[1147] Daarentegen kan in beginsel iedere belanghebbende zich beroepen op de *nullità*, zolang die uiteraard over een materieel en procedureel belang beschikt.[1148]

[1138] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 60; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 2.
[1139] V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 1.
[1140] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 1.
[1141] Art. 1422 c.c.
[1142] E. PIRO, *Tutela*, 61; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 3.
[1143] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 61; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 3.
[1144] Art. 1442, eerste lid c.c. E. PIRO, *Tutela*, 61.
[1145] Art. 1442, tweede lid c.c. L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 12.3; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 3.
[1146] Art. 1442, vierde lid c.c. L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 12.3; E. PIRO, *Tutela*, 61; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 3.
[1147] E. PIRO, *Tutela*, 61; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 2.
[1148] E. PIRO, *Tutela*, 70-71.

418. **Ambtshalve opwerpen.** – Enkel de *nullità* kan (moet[1149]) door de rechter ambtshalve worden opgeworpen.[1150] Dit geldt ook wanneer partijen een andere sanctie (zoals de ontbinding) vragen.[1151]

419. **Bevestiging.** – Voorts onderscheiden de figuren zich met betrekking tot de mogelijkheid voor partijen om de overeenkomst te bekrachtigen (*convalidare*). De wet[1152] staat bekrachtiging van een nietige overeenkomst (*contratto nullo*) met name principieel niet toe[1153]; de overeenkomst is immers zonder uitwerking (*inefficace*).[1154] Een vernietigbare overeenkomst kan daarentegen wel bekrachtigd worden, wanneer de oorzaak van de *annullabilità* verdwenen is.[1155]

420. **Rechterlijke tussenkomst.** – Een belangrijk verschilpunt tussen de Italiaanse en Belgische sanctieleer betreft evenwel de vereiste van gerechtelijke tussenkomst. Waar in ons rechtsstelsel iedere nietigheid dient te worden uitgesproken door een rechter, is dit in het Italiaanse gemeen recht enkel het geval voor de *annullamento*. De beschermde partij moet dus actief optreden om een *contratto annullabile* (vernietigbare overeenkomst) effectief te laten omzetten in een *contratto annullato* (vernietigde overeenkomst). Bij *nullità* is dit evenwel niet noodzakelijk het geval: ook zonder rechterlijke tussenkomst kan die sanctie uitwerking krijgen.[1156]

421. **Uitwerking ten aanzien van derden.** – Omwille van de afwezigheid van de vereiste van een rechterlijke tussenkomst, worden rechterlijke uitspraken die *nullità* vaststellen een declaratief karakter toegemeten. De rechter *spreekt* de nietigheid immers niet *uit*; hij bevestigt louter het bestaan ervan.[1157] Bijgevolg is de *nullità* van een overeenkomst ook steeds retroactief tegenwerpelijk aan derden.[1158] De *annullamento* (vernietiging) wordt daarentegen vastgesteld in een constitutieve uitspraak. De

[1149] Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 12 december 2014, n. 26242. F. DI CIOMMO, "La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio" (noot onder Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 12 december 2014, n. 26242), *Foro it.* 2015, I, (922) (hierna: F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio*), nr. II; A. PALMIERI en R. PARDOLESI, "Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)" (noot onder Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 12 december 2014, n. 26242), *Foro it.* 2015, I, 916 e.v. (hierna: A. PALMIERI en R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa*).
[1150] Art. 1421 c.c. L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 61; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 2.
[1151] Zie m.n. Cass. (IT) 7 februari 2011, n. 2956 en 4 september 2012, n. 14828.
[1152] Art. 1423 c.c.
[1153] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 62; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 4.
[1154] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11 en 12.3.
[1155] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 62; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 4.
[1156] E. PIRO, *Tutela*, 61.
[1157] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 8.
[1158] V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 8.

retroactieve werking van de vernietiging strekt zich dan ook niet uit tot derden, behoudens uitzonderingen zoals kwade trouw.[1159] Kortom,

> *il contratto nullo non produce mai nessun effetto, mentre il contratto annullabile produce i suoi effetti fino al momento in cui viene annullato dal giudice* „[1160].

Of, nog beknopter:

> *il contratto nullo nasce 'morto', quello annullabile 'malato'.* „[1161]

9.1.2.2.1.2. INDELINGEN VAN NULLITÀ EN ANNULLABILITÀ

422. **Nullità: tekstueel en virtueel.** – Ook de wijzen waarop de *nullità* en *annullabilità* verder worden ingedeeld, verschillen onderling. Eén mogelijke onderverdeling van de *nullità* (nietigheden) gebruikt de (formele) rechtsgrond als criterium. Met name worden dan tekstuele en virtuele nietigheden onderscheiden. Tekstuele nietigheden (*nullità testuali*)[1162] vinden hun uitdrukkelijke grondslag in de wet; virtuele nietigheden (*nullità virtuali*)[1163] doen zich voor ten gevolge van strijdigheid met dwingende normen.[1164] Het hoeft weinig betoog dat dit onderscheid geen nut heeft bij de *annullabilità*: vernietiging is immers altijd *testuale*.[1165] De gevallen van *annullabilità* worden dan ook doorgaans ingedeeld op grond van het onderliggend gebrek, de *ratio* van de vernietigbaarheid.

423. **Annullabilità: onderliggend gebrek.** – Met name komt de *annullabilità* ten eerste voor bij handelingsonbekwaamheid.[1166] Dit is logisch, gezien op die manier enkel de beschermde persoon zich op zijn onbekwaamheid kan beroepen. Ten tweede is dit de sanctie bij wilsgebreken.[1167] Ten derde voorziet ook de wet bij een aantal bijzondere, minder ernstige gebreken[1168] de vernietigbaarheid.[1169]

424. **Nullità: structureel en politiek.** – Een andere gangbare classificatie van de klassieke nietigheidssanctie (*nullità*) in Italië, hanteert de reden van de nietigheid als maatstaf.[1170] Enerzijds erkent de rechtsleer met name het bestaan van structurele nietigheden (*nullità strutturali*). In die gevallen 'ontbreekt' iets aan de essentie van de

[1159] Die uitzonderingen zijn terug te vinden in art. 1445 c.c. en betreffen (1) de vernietiging wegens rechtsonbekwaamheid, (2) de omstandigheid dat de derde te kwader trouw was en (3) de omstandigheid waarin de derde het goed, voorwerp van de vernietigde overeenkomst, ten kosteloze titel verwierf. V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 8.

[1160] "*de nietige overeenkomst ressorteert nooit enig gevolg, terwijl de vernietigbare overeenkomst zijn gevolgen ressorteert tot op het moment waarop het wordt vernietigd door de rechter*". V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 8.

[1161] "*een nietige overeenkomst wordt 'dood' geboren, een vernietigbare 'ziek'.*" E. PIRO, *Tutela*, 61.

[1162] Art. 1418, tweede lid c.c.

[1163] Art. 1418, eerste lid c.c.

[1164] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 13; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 10.

[1165] Zie *supra*, nr. 415.

[1166] Art. 1425 c.c.

[1167] Art. 1427 c.c.

[1168] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11.

[1169] V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 11.

[1170] V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 5-8.

overeenkomst, waardoor die overeenkomst "*incompleto e/o assurdo*"[1171] wordt.[1172] Het betreft met name het gebrek aan wilsovereenstemming, de afwezigheid van een oorzaak, een onbestaand, onmogelijk, onbepaald of onbepaalbaar voorwerp of een vormgebrek.[1173] Anderzijds zijn er de 'politieke' nietigheden (*nullità politiche*), waarbij een overeenkomst geen uitwerking krijgt doordat de rechtsorde haar afkeurt.[1174] Hieronder ressorteren de onrechtmatigheid van het voorwerp, van de oorzaak, van de voorwaarde en van 'het gemeenschappelijk motief'.[1175]

9.1.2.2.1.3. OPMERKINGEN

425. **Uitzonderingen.** – De klassieke tweedeling tussen *nullità* en *annullabilità* is evenwel niet vrij van uitzonderingen en hybride figuren. Aan de ene kant bestaat bijvoorbeeld de figuur van de absolute vernietigbaarheid (*annullabilità assoluta*). De eigenschappen van die remedie komen in beginsel overeen met die van de *annullabilità*, doch met het verschil dat ze toch door elke belanghebbende kan worden opgeworpen.[1176] Aldus wordt afgeweken van de principieel relatieve aard van de sanctie, teneinde een punitief doel na te streven.[1177] Zo'n *annullabilità assoluta* doet zich met name voor in het geval van overeenkomsten gesloten met personen veroordeeld tot een levenslange vrijheidsstraf.[1178] Aan de kant van de *nullità* is er dan weer de uitzondering van de *nullità speciale* (ook wel: *nullità relativa*), waarbij een bescherming wordt geboden, niet aan een *individuele* contractpartij, zoals bij de *annullabilità*, maar wel aan een categorie van 'zwakke' medecontractanten.[1179] Gezien het gedachtegoed rond die laatste hybride[1180] remedie evenwel samenhangt met de invloed van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, wordt hiervoor verwezen naar *infra*.[1181]

426. **Voorkomen. –** Het behoeft overigens vermelding dat er in de Italiaanse rechtsorde slechts weinig gevallen zijn waarin een contractueel gebrek wordt gesanctioneerd met *annullabilità*. In veruit de meeste omstandigheden is er sprake van *nullità*. Dit is uiteraard niet het minst te verklaren door het *virtueel* karakter van de *nullità*[1182]: indien immers de wet niet anders voorziet, wordt de *nullità* geacht de toepasselijke sanctie te zijn.[1183]

427. **Onderscheid op de helling. –** Aldus werd hierboven gepoogd een beknopt overzicht te geven van de relevante *rimedi* (remedies) die het Italiaanse recht klassiek kent, wanneer een overeenkomst behept is met een gebrek. Zoals in de navolgende

[1171] "*onvolledig en/of absurd*". V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 5.
[1172] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 13; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 5.
[1173] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 13; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 5.
[1174] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 13; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 5.
[1175] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 13; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 8.
[1176] V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 2.
[1177] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 12.3.
[1178] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 12.3.
[1179] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 2.
[1180] Zie m.n. Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242, punt 3.12.
[1181] Zie *infra*, nr. 487 t.e.m. 494.
[1182] Zie *supra*, nr. 415.
[1183] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 11.

bespreking evenwel zal blijken, komt dat leerstuk mede[1184] door de invloeden van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen op de helling te staan.

9.1.2.2.2. IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN

428. **'Inefficacia'. –** Bij het impassen van de bescherming uit de Richtlijn in het burgerlijk wetboek, werd door de Italiaanse wetgever met betrekking tot oneerlijke bedingen gekozen voor de sanctie van de *inefficacia*. Die keuze zou het gevolg van lobbywerk van de Italiaanse notarissen zijn geweest. Zij vreesden immers dat de nietigheidssanctie hen sneller zou blootstellen aan beroepsaansprakelijkheid.[1185]

429. **Geen remedie. –** De aandachtige lezer zal hebben gemerkt dat die 'sanctie' evenwel niet op de lijst van de gemeenrechtelijke Italiaanse remedies tegen contractuele gebreken voorkomt. Dit hoeft evenwel niet te verbazen, aangezien de *inefficacia* in Italië, zoals ook in ons land, geen sanctie is.

9.1.2.2.2.1. BETEKENIS VAN INEFFICACIA

430. ***Quid* 'inefficacia'?** – Gemeenrechtelijk is *inefficace*[1186] het antoniem van *efficace*, waardoor het valt te vertalen als: *zonder uitwerking*, *niet in staat (rechts)gevolgen te ressorteren* (in het Frans: *inefficace, sans effet*). Prof. Vincenzo ROPPO omschrijft de notie als volgt:

> " *il contratto non produce gli effetti che normalmente ha la forza di produrre* „[1187].

Aldus blijkt dat de *inefficacia* eigenlijk niet duidt op een remedie voor een gebrek, doch wel op de gevolgen die een (gebrekkige) overeenkomst heeft in een rechtsorde.[1188]

431. **'Inefficacia' *versus* 'invalidità'. –** Het dient overigens evenmin te worden verward met de ongeldigheid (*invalidità*)[1189] zelf van de overeenkomst.[1190] Een overeenkomst kan immers geldig zijn, maar geen uitwerking hebben, of *vice versa* ongeldig zijn, maar toch uitwerking hebben. Dat laatste geval illustreert zich door de vernietigbare (*annullabile*) overeenkomst waarvan de vernietiging (*annullabilità*) nog niet door de rechter werd vastgesteld.[1191]

432. **'Inefficacia' *versus* 'inopponibilità'. –** Een goed begrip van de notie van *inefficacia* wordt nog vergemakkelijkt, wanneer in gedachten wordt gehouden dat de niet-tegenstelbaarheid (*inopponibilità*) van een overeenkomst aan derden, een bijzondere

[1184] F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio*, nr. III oppert evenwel dat de invloed van de Richtlijn ook niet overschat mag worden: reeds vroeger was de Italiaanse rechtsorde z.i. bekend met hybride figuren.
[1185] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 88.
[1186] Dit is het door de wet gebruikte adjectief, afgeleid van het zelfstandig naamwoord *inefficacia*.
[1187] "*de overeenkomst ressorteert niet de gevolgen die het normaal bij machte is te ressorteren.*" V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 4.
[1188] *Cf.* L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11.
[1189] Zie ook *supra*, nr. 411.
[1190] V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 4.
[1191] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 4.

vorm van *inefficacia* is. Niet-tegenstelbaarheid is immers per definitie het 'niet hebben van uitwerking', specifiek jegens een derde.[1192]

433. **Differentiatiemogelijkheid. –** Aldus is ook meteen een bijzondere eigenschap van *inefficacia* duidelijk. Waar de klassieke remedies, de *nullità* en de *annullamento*, met name een alternatief bieden tussen 'volledig uitwerking' en 'geen uitwerking', maakt *inefficacia* het daarentegen mogelijk om te differentiëren qua uitwerking ten opzichte van de verschillende partijen.[1193] Hoewel de wetgever, vanuit verbintenissenrechtelijk perspectief gezien, een onmiddellijk rechtsgevolg aan een gebrek verbond, in plaats van een klassieke remedie, staat de *inefficacia* de rechter toe om als het ware met chirurgische precisie[1194] een pathologisch element uit de rechtsorde te verwijderen.

9.1.2.2.2.2. SANCTIE IN ARTIKEL 1341 EN 1342 VAN DE CODICE CIVILE

434. **Codice civile. –** Zoals aangehaald[1195], bevat het Italiaanse burgerlijk wetboek al van oudsher een aantal regels met betrekking tot toetredingsovereenkomsten. Naast een summiere bepaling inzake de 'kenbaarheid' en tegenstelbaarheid van dat soort overeenkomsten[1196], bevat het wetboek een limitatieve lijst met categorieën bedingen. Opdat contractuele bedingen die corresponderen met één van die categorieën bindend zouden zijn ten aanzien van de *wederpartij*, moet aan een extra vereiste van geschrift worden voldaan.[1197] Die voorwaarde houdt in dat, naast desgevallend de ondertekening van de overeenkomst zelf, die bedingen (ook) ondertekend worden in een apart document.[1198]

435. **Inefficacia. –** Hoewel er eensgezindheid blijkt over het beperkte belang van deze (louter) formele bescherming[1199], lijkt het toch interessant op te merken dat de 'sanctie' voor zowel de kenbaarheidsvoorwaarde als voor het specifieke geschrift bij de lijstbedingen, eveneens de *inefficacia* is.[1200] De wet leest met name letterlijk dat wederrechtelijk opgestelde voorwaarden "*non hanno effetto*".[1201] Inzake de lijst wordt evenwel opgemerkt dat de sanctie nochtans betwist is: sommige auteurs menen dat er sprake is van *nullità*.[1202] Deze discussie wordt evenwel aan de Italiaanse doctrine overgelaten. Hierna wordt algemeen uitgegaan van de *inefficacia* als gevolg.

[1192] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; V. ROPPO, *I rimedi contrattuali*, nr. 4.
[1193] E. PIRO, *Tutela*, 71.
[1194] De metafoor werd ontleed aan T. GENICON, "De la nullité partielle à la clause réputée 'partiellement' non écrite" (noot onder Cass. soc. (FR) 8 april 2010, nr. 08-43.056), *Rev. des contr.* 2010, (1199) 1203.
[1195] Zie *supra*, nr. 059 t.e.m. 061.
[1196] Zie *supra*, nr. 284 t.e.m. 286.
[1197] Art. 1342, §2 c.c.
[1198] L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[1199] Zie *supra*, nr. 289.
[1200] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 6. De auteur spreekt overigens over *inefficacia assoluta*, wat impliceert dat de rechter ook ambtshalve die 'sanctie' kan opwerpen.
[1201] "*geen gevolg hebben*". Art. 1341, §1, eerst zinsnede c.c.
[1202] Zie E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 8-9. Het onderscheid is overigens niet louter theoretisch: de nietigheid van het beding brengt immers mogelijks ook de nietigheid van de rest van de overeenkomst met zich mee.

436. **Geen inhoudelijke controle. –** De keuze voor *inefficacia* als gevolg voor de wederrechtelijke bedingen[1203] hoeft niet te verbazen. Er zijn immers in beginsel twee soorten controles inzake oneerlijke bedingen te bedenken. Ten eerste is er de louter formele controle, waarbij wordt nagegaan of een kwestieus beding al dan niet tot de overeenkomst behoort. Die gaat sowieso een mogelijke inhoudelijke controle vooraf: vooraleer de rechter immers überhaupt *kan* vaststellen – wat gebeurt in de leer van de oneerlijke bedingen – dat een beding een onevenwicht creëert, dient hij eerst vast te stellen of het beding wel deel uitmaakt van de overeenkomst.

437. **Preliminair onderzoek: maakt het beding deel uit van de overeenkomst? –** De controle die de Codice civile installeert is precies zo'n eerstgenoemde, louter formele controle. Zij situeert zich dus in die eerste, preliminaire fase, waarin de rechter moet vaststellen *of* er een overeenkomst is, en *hoe* die overeenkomst er uit ziet. Het betreft dus een pure kwestie van tegenwerpelijkheid (*opponibilità*) van bedingen. Van enige inhoudelijke controle door de rechter is er geen sprake. Bepalen dat, wanneer vormvereisten voor die tegenwerpelijkheid aan de medecontractant niet werden voldaan, dit tot gevolg heeft dat die bedingen *zonder uitwerking* (*senza effetto*, *inefficace*) zijn, sluit dus perfect aan bij die gedachtegang: is er niet voldaan aan de geschriftvoorwaarde, dan is het beding simpelweg nooit in de contractuele sfeer terechtgekomen.[1204]

9.1.2.2.2.3. CODICE CIVILE: INEFFICACIA?

a) De wet: inefficacia

438. **Oorspronkelijk voorstel. –** Bij de Italiaanse omzettingswerkzaamheden met betrekking tot de Richtlijn stelde de regering aanvankelijk voor om de *nullità* als sanctie te installeren.[1205] Zij argumenteerde daaromtrent dat die bepaling strenger zou zijn dan het voornoemde artikel 1341 van de Codice civile en verwachtte dat die sanctie het ontduiken van de normen inzake oneerlijke bedingen zou ontmoedigen.[1206]

439. **Senaat. –** Niettemin werd de nietigheidssanctie door de Senaat vervangen door de *inefficacia*.[1207] Deze bepaling werd met name ingevoegd in de Codice civile:

> **"** *Art. 1469*quinquies *— Inefficacia:*
> *Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469*bis *e 1469*ter *sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto.* (…)
> *L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata*

[1203] Het betreft: het bedingen in het voordeel van de persoon die die voorwaarden in de overeenkomst brengt, van aansprakelijkheidsbeperkingen en de mogelijkheid om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen of eenzijdig de uitvoering ervan op te schorten; het ten nadele van de andere contractpartij beperken van de mogelijkheid om excepties op te werpen of met derden te contracteren, of in diens nadeel een stilzwijgende verlenging over vernieuwing van de overeenkomst te stipuleren, alsook het incorporeren van een arbitraal beding of bedingen die een afwijking van de normale rechterlijke bevoegdheidsregels installeren.
[1204] *Cf.* L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.1.
[1205] Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*, 10 en 39 (art. 18, tot invoeging van art. 2062*quinquies* c.c.).
[1206] Wetsontwerp *legge comunitaria 1994*, 10.
[1207] Zie Voorgestelde tekst Senaatscommissie *legge comunitaria 1994*, 42 (art. 27, tot invoeging van art. 1469*quinquies* c.c.).

d'ufficio dal giudice. (…) **„**[1208]

440. **Betreurde keuze. –** Deze keuze was evenwel te betreuren. Al gauw werd immers vastgesteld dat de 'sanctie' van *inefficacia* geen eigen regime had. Zo was bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de vork in de steel zat met betrekking tot de verjaring.[1209]

b) Interpretatie: nullità speciale

441. **Atechnisch synoniem van nietigheid. –** Reeds kort na de initiële omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen nam een quasi-unanieme rechtsleer dan ook aan dat de *inefficacia* moest worden gelezen als een atechnisch synoniem van een bijzondere soort van nietigheid.[1210]

442. **'Nullità', geen 'annullabilità'. –** Naar analogie met de discussies die ontstonden in de Belgische rechtsorde[1211], stelde zich evenwel de vraag naar de kwalificatie van die sanctie.[1212] Bij gebreke aan (correcte) wettelijke bepaling, leek het hier een *nullità* (nietigheid) te betreffen. Immers, *annullamento* (vernietiging) is enkel mogelijk wanneer een wettekst zulks uitdrukkelijk bepaalt.[1213] Daarbij is de rechter onbevoegd om ambtshalve de *annullabilità* (vernietigbaarheid) op te werpen.

443. **Geen zaligmakende oplossing. –** Edoch, de gemeenrechtelijke *nullità* leek evenmin tegemoet te komen aan de vereisten van deze specifieke sanctie. Het is immers duidelijk dat de sanctie bij oneerlijke bedingen slechts één van de twee contractpartijen beschermt, terwijl de *nullità* principieel het algemeen belang beschermt.[1214] Daarbij, zo integendeel wordt aanvaard dat het algemeen belang er aan ten grondslag ligt, staat in beginsel niks in de weg aan het inroepen van die sanctie door de professioneel.[1215] Die zou op die manier een *de facto* mogelijkheid tot herroeping *ad nutum* in elke overeenkomst kunnen inbouwen door bewust een oneerlijk beding op te nemen. Aldus werd besloten dat de klassieke 'codicistische' (*codicistici*) remedies niet bleken te volstaan voor een adequate oneerlijkebedingenleer.[1216]

444. **'Beschermingsnietigheid'. –** Na de vaststelling dat de gemeenrechtelijke sanctiemechanismen niet waren aangepast om oneerlijke bedingen te sanctioneren, werd het concept van de *nullità speciale* (bijzondere nietigheid) of *nullità anomala* (anomale

[1208] "*Art. 1469*quinquies – *Zonder uitwerking:*
*Bedingen die oneerlijk werden bevonden in de zin van de artikelen 1469*bis *en 1469*ter *blijven zonder rechtsgevolgen, terwijl de overeenkomst voor het overige uitwerking blijft behouden.* (…)
De afwezigheid van uitwerking werkt enkel door ten voordele van de consument en kan ambtshalve door de rechter worden opgeworpen. (…)" Dit zijn het eerste en derde lid van de vijf leden.
[1209] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.2.
[1210] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.2 en E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 88.
[1211] Zie bv. S. STIJNS, *Nietig?*
[1212] Zie ook C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*, 146.
[1213] Dit is de *virtuele* aard van de *annullabilità*, t.o.v. de *tekstuele* aard van de *nullità*. Zie *supra*, nr. 415.
[1214] Zie *supra*, nr. 414.
[1215] E. PIRO, *Tutela*, 68. *Cf.* A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98-99, nr. 4.
[1216] E. PIRO, *Tutela*, 73 en 75.

nietigheid) door de doctrine ontwikkeld.[1217] Gezien deze twee termen door sommige literatuur evenwel als generieke term worden gebruik[1218], wordt hierna de term *nullità di protezione* (beschermingsnietigheid)[1219] gebruikt.

9.1.2.2.2.4. CODICE DEL CONSUMO: NULLITÀ DI PROTEZIONE

445. **Codice del consumo. –** Bij de afkondiging van de Codice del consumo[1220] werd door de wetgever beslist om de woordenschat in overeenstemming te brengen met de vigerende interpretatie.[1221] Thans leest de relevante bepaling dan ook als volgt:

> **“** *Art. 36 — Nullità di protezione:*
> *1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono* nulle *mentre il contratto rimane valido per il resto.* (…)
> *3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.* (…) **„**[1222]

446. **Continuïteit. –** De keuze voor die nieuwe formulering mag evenwel niet worden beschouwd als een argument in het voordeel van een wijziging van het sanctieregime zoals het in de praktijk werd toegepast vóór de Codice del consumo. Immers, uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat het net de bedoeling van de wetgever was, om de bestaande benadering van het sanctieregime inzake oneerlijke bedingen te codificeren.[1223]

447. **'Relatieve' nietigheid. –** Een eerste eigenschap van deze *nullità di protezione* bestaat er volgens een meerderheidsopvatting[1224] en cassatierechtspraak[1225] in, dat het een *nullità relativa* (relatieve nietigheid) betreft.[1226] Voor de Belgische jurist wekt die terminologie uiteraard weinig verbazing. De Italiaanse jurist is evenwel niet vertrouwd met de tweedeling tussen relatieve en absolute nietigheid, doch wel met de tegenstelling *nullità - annullamento*, zoals aangehaald. Aan de Italiaanse rechtsorde lijkt deze bijzondere nietigheidssanctie zich dan ook voor te doen als een soort hybride figuur,

---

[1217] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98, nr. 4.
[1218] Zie bv. L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11 en *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; E. PIRO, *Tutela*, 64. Over de *nullità anomale* in het algemeen, zie E. PIRO, *Tutela*, 64-69.
[1219] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98, nr. 4. E. PIRO, *Tutela*, 53 spreekt ook van een *nullità europea* (Europese nietigheid).
[1220] Zie nr. 075.
[1221] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.2 en Relazione illustrativa cod.cons., 9, nr. 6. Zie ook A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 7 en 98, nr. 4; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 89; A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo*, nr. 2.
[1222] "*Artikel 36 – Beschermingsnietigheid:*
Bedingen die oneerlijk werden bevonden in de zin van de artikelen 33 en 34 zijn nietig, *terwijl de overeenkomst voor het overige geldig blijft.* (…)
De nietigheid werkt enkel door ten voordele van de consument en kan ambtshalve door de rechter worden opgeworpen. (…)" Dit zijn de eerste en derde van vijf paragrafen. Eigen cursivering.
[1223] Advies Consiglio di Stato bij cod.cons., nr. 7.2. In dezelfde zin: E. PIRO, *Tutela*, 82. Ook de term *nullità di protezione* (beschermingsnietigheid) bestond al (A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 98, nr. 4).
[1224] G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 55; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 100, nr. 4.1.
[1225] Cass. (IT) 13 januari 2012, n. 384.
[1226] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 100, nr. 4.1; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.

waarvan de eigenschappen schipperen tussen nietigheid (*nullità*) en vernietigbaarheid (*annullabilità*).[1227] Dat relatieve karakter van de sanctie wordt afgeleid uit de wet[1228] en slaat per definitie op het feit dat ze enkel kan worden ingeroepen door de beschermde contractpartij, de consument.[1229] Enkel die partij kan dan ook voordeel halen uit die sanctie.[1230]

448. **Wettelijke eigenschappen. –** Andere eigenschappen van de *nullità di protezione* staan wel letterlijk in de wet. Zo kan de sanctie ambtshalve worden opgeworpen[1231] en blijft de overeenkomst voor het overige uitwerking behouden[1232]. Voorts wordt aanvaard dat de consument geen afstand kan doen van de bescherming en betreft het een partiële nietigheid. Op al die aspecten wordt hieronder, samen met de communautaire rechtspraak ingegaan.

449. **Doel. –** Verder verdient het vermelding dat het doel van de *beschermingsnietigheid* verschilt van het gemeen recht.[1233] De klassieke *nullità* streeft er immers naar om een gebrek in een welbepaald geval te remediëren. De *nullità di protezione* daarentegen heeft nog een bijkomstig doel. Zij streeft met name ook een welbepaalde functie van belangenbescherming na.[1234] Op dat onderwerp wordt verderop, in het deel "bespreking", teruggekomen.

450. **Gevolgen. –** Wat de gevolgen betreft, verschilt deze nietigheid daarentegen niet van de gemeenrechtelijke nietigheidssanctie: de oneerlijke bedingen worden – zoals de oude terminologie al verraadde – *inefficaci*, zonder uitwerking.[1235]

451. **'Virtuele' nietigheid. –** Tot slot wordt ook gewag gemaakt van een *nullità virtuale di protezione* (virtuele beschermingsnietigheid).[1236] Analoog aan wat werd uiteengezet met betrekking tot de gemeenrechtelijke nietigheid[1237], wordt daarmee gedoeld op het gegeven dat die sanctie ook kan voorkomen in gevallen waar de wet dat niet *expressis verbis* bepaalt, en dus ook buiten het strikte contentieux van de oneerlijke bedingen.[1238]

452. **Zelfde eigenschappen voor andere 'bijzondere' nietigheden? –** In dat kader en in de wetenschap dat het Italiaanse recht nog andere situaties kent waarin er sprake is van

[1227] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1228] Art. 36, derde lid, eerste halfzin cod.cons.
[1229] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1230] Zie ook V. COLCELLI, "Revising Ubi Jus ibi Remedium in Civil Law: The Italian Case of Consumer Protection", *ERPL* 2010, (143) 145.
[1231] Art. 36, derde lid, tweede halfzin cod.cons.
[1232] Art. 36, derde lid, *infine* cod.cons.
[1233] Vgl. de Franse sanctie, ter behartiging van *l'orde public de protection*. Zie m.n. I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*, 103-104, nr. 61.3.
[1234] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 7-8, nr. 1.1 en 99, nr. 4; E. PIRO, *Tutela*, 69.
[1235] E. PIRO, *Tutela*, 82.
[1236] E. PIRO, *Tutela*, 98 t.e.m. 103.
[1237] Zie *supra*, nr. 415.
[1238] Zo betoogt E. PIRO, *Tutela*, 65 bijvoorbeeld dat art. 134 cod.cons. op eenzelfde nietigheidsregime slaat. Die bepaling heeft betrekking op een (ongerechtvaardigd) beding waarin door de consument afgezien wordt van zijn rechten bij een consumentenkoop.

'bijzondere' nietigheden (*nullità speciali*), werd overigens de vraag gesteld in welke mate de in deze verhandeling genoemde eigenschappen ook opgaan voor die andere gevallen van nietigheid. Zo kan bijvoorbeeld worden beargumenteerd dat alle *nullità speciali* ambtshalve op te werpen zijn, aangezien dit eigen is aan die sanctie.[1239] *Vice versa* kan evenwel ook een argument *a contrario* worden geput uit de vermelding van de mogelijke ambtshalve opwerping van de oneerlijkheid van een beding bij de leer der oneerlijke bedingen. Thans lijkt het Italiaanse Hof van Cassatie het pleit te hebben beslecht voor die eerste stelling: ook andere 'bijzondere' nietigheden dan de *nullità di protezione (virtuali)* kunnen in beginsel ambtshalve worden opgeworpen.[1240]

9.1.3. RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE[1241]

453. **IJverig Hof van Justitie. –** Ondanks het feit dat de communautaire wetgever – zoals *supra* aangetoond[1242] – kennelijk niet de bedoeling had om de privaatrechtelijke sancties bij oneerlijke bedingen te harmoniseren, weerhield dit het Hof van Justitie er niet van om een uitgebreide rechtspraak te ontwikkelen op vlak van die sancties.[1243] Meer dan de helft van de arresten die het Hof wees inzake de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, is minstens deels gewijd aan de private sanctie uit artikel 6.[1244]

454. **Overzicht. –** Reeds verschillende aspecten van de curatieve controle kwamen aan bod in die communautaire rechtspraak. Er werd met name vooreerst vastgesteld dat de rechter de sanctie ambtshalve *mag*, meer zelfs: *moet* inroepen (9.1.3.1.1 resp. 9.1.3.1.2). Voorts werd evenwel gepreciseerd dat de consument afstand kan doen van de geboden bescherming, doch enkel nadat de gevolgen van zo'n afstand hem volledig duidelijk zijn gemaakt (9.1.3.1.3). Irrelevant voor de ambtshalve sanctionering van oneerlijke bedingen blijken verder de houding van de consument (9.1.3.1.4), alsmede het soort van procedure waarin dat oneerlijk karakter wordt opgeworpen (9.1.3.1.5). In wat volgt wordt ook kort ingegaan op de situatie waarin de professioneel 'afstand doet' van het beding (9.1.3.1.6) en het specifieke geval van een forumkeuzebeding (9.1.3.1.7). De Unierechter bevestigde voorts ook met betrekking tot de sanctie dat de rest van de consumentenovereenkomst bindend blijft, als dit mogelijk is (9.1.3.2) en sprak zich tevens uit in het voordeel van een verbod om oneerlijke bedingen te *corrigeren* (9.1.3.3). Een actueel onderwerp is verder de resterende rol van het nationale suppletieve recht die door het Hof aan de lidstaten wordt gelaten (9.1.3.4). Met name lijkt een toepassing van dat suppletief recht niet principieel te worden uitgesloten (9.1.3.4.1), doch het is nog raden naar een exact criterium voor de ongeoorloofde toepassing, al zijn er al tendensen merkbaar (9.1.3.4.2). Overigens is er ook een uitsprakenarsenaal dat zich specifiek inlaat met de gerechtelijke uitvoering (9.1.3.5) en werd één en ander geoordeeld over de link van de curatieve sanctie

[1239] Die stelling werd reeds eerder bepleit door E. PIRO, *Tutela*, 66 en 83-92.
[1240] Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242, *motivo* 3.13.3 en 12 december 2014, n. 26243.
[1241] Voor een volledig en actueel overzicht van de communautaire vereisten inzake de private sanctie bij oneerlijke bedingen, kan worden verwezen naar R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 14-36.
[1242] Zie *supra*, nr. 395.
[1243] Zie ook de commentaar *supra*, nr. 385.
[1244] Per 19 april 2015 blijkt uit de databank EUR-lex (http://eur-lex.europa.eu) dat van de 33 arresten met betrekking tot de Richtlijn, zeker 18 zaken minstens onrechtstreeks kwesties met betrekking tot artikel 6 betroffen.

met de preventieve, collectieve sanctie (9.1.3.6). Ook die beide aspecten worden aangehaald.

9.1.3.1. AMBTSHALVE OPWERPING

9.1.3.1.1. MOGELIJKHEID OM AMBTSHALVE OP TE WERPEN

455. **Arrest Océano Grupo. –** De mogelijkheid voor de rechter om de sanctie ambtshalve op te werpen, kwam voor het eerst aan bod in de Spaanse zaak Océano Grupo.[1245] In dat geding liet de verwerende consument met name verstek, doch was er een forumkeuzebeding opgenomen in de algemene voorwaarden van de eisende professioneel. De vraag rees bijgevolg of de rechter de oneerlijke aard van dat forumbeding en de bijhorende sanctie ambtshalve kon opwerpen.[1246]

456. **Mogelijkheid van ambtshalve vaststellen van oneerlijke aard van beding. –** Het Hof antwoordde positief: de rechter kan inderdaad desnoods ambtshalve het bestaan van een oneerlijk beding vaststellen en de bijhorende sanctie uitspreken.[1247] Steun voor die uitspraak werd gevonden in de (frequent door het Hof herhaalde) achterliggende ideeën van de consument als *zwakke onderhandelingspartij* en van de aanwezigheid van *informatieasymmetrie*.[1248] Ook wordt er gewezen op het gegeven dat een beding dat de exclusieve territoriale bevoegdheid vaststelt bij de rechter van de vestigingsplaats van de professioneel, er toe leidt dat de consument zich tot een "mogelijk ver van zijn woonplaats verwijderde" rechterlijke instantie moet wenden, hetgeen hem kan beletten een actieve procesrol op te nemen.[1249]

457. ***Ratio decidendi*. –** Het doel van de sanctie in artikel 6 kan, aldus het Hof

> " *mogelijk niet worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen.* „[1250]

Bijgevolg vereist een effectieve consumentenbescherming via doeltreffende en geschikte middelen[1251] (het zogeheten *effet utile*[1252] van het communautaire recht) dat de rechter de mogelijkheid heeft om ambtshalve bedingen op oneerlijkheid te toetsen.[1253] Indien het nationale procedurerecht van de rechter daar niet in voorziet, dan dient dat procesrecht desnoods te wijken voor de Richtlijn.[1254]

[1245] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346.
[1246] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 401-403, nr. 506-507; H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 299-300; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 20-21; S. STIJNS, *Nietig?*, 937-941.
[1247] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 15 t.e.m. 19.
[1248] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 25. Over de bescherming van de consument als 'zwakke' partij doorheen de communautaire rechtspraak, zie N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Economic law*, 48-50, nr. 1.36b.
[1249] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 22.
[1250] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 26.
[1251] Art. 7.1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.
[1252] Vgl. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 154-155, nr. 313-314.
[1253] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 28 en 29. *Cf.* E. PIRO, *Tutela*, 104.
[1254] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 30. Vgl. C. PAVILLON, "ECJ 26 October 2006, Case C-168:05 Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL - The Unfair Contract Terms Directive: the ECJ's

458. **Gevolgen voor België. –** Zoals *supra* aangehaald, zorgde dit arrest er voor dat het regime van de Belgische nietigheden ter discussie werd gesteld.[1255] Enkel absolute nietigheden mochten door de rechter immers ambtshalve worden opgeworpen. Een relatieve nietigheid, zoals bij oneerlijke bedingen, verleent hem die bevoegdheid niet.[1256] Niettemin bevestigt de Belgische rechtspraak de ambtshalve opwerpbaarheid van de nietigheidssanctie in deze materie.[1257]

459. **Gevolgen voor Italië. –** In Italië vormde het arrest Océano Grupo veel minder een probleem. De wet zelf leest daar sedert de eerste omzetting immers al uitdrukkelijk dat de sanctie "*può essere rilevata d'ufficio dal giudice.*"[1258] De ambtshalve opwerpbaarheid werd overigens ook bevestigd door het Hof van Cassatie.[1259]

9.1.3.1.2. VERPLICHTING OM AMBTSHALVE OP TE WERPEN

460. **Arrest Mostaza Claro en arrest Pannon GSM. –** Het opwerpen van het oneerlijke karakter van een beding is voorts meer dan louter een mogelijkheid voor de rechter. Het is zijn plicht. Zulks wordt unaniem afgeleid[1260] uit de arresten Mostaza Claro[1261] en Pannon GSM[1262] en uit navolgende communautaire rechtspraak[1263]. De Belgische rechtspraak[1264] en rechtsleer[1265] bevestigen die opvatting.

Third Intervention in Domestic Procedural Law", *ERPL* 2007, (735) (hierna: C. PAVILLON, *Third Intervention in Domestic Procedural Law*) 742-744.

[1255] Zie *supra*, nr. 406.

[1256] T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*, 237, nr. 4.

[1257] Gent 26 oktober 2012, *Jb.Markt.* 2012, 286, noot P. CAMBIE en *TGR-TWVR* 2013, 46. Zie ook de rechtspraak aangehaald in vn. 1264.

[1258] "*ambtshalve kan worden opgeworpen door de rechter.*" Art. (oud) 1469*quinquies*, derde lid c.c., thans art. 36, derde lid cod.cons.

[1259] Zie bv. Cass. (IT) 28 augustus 2001, n. 1182.

[1260] C. PAVILLON, *Third Intervention in Domestic Procedural Law*, 744-745; J. STUYCK, "Case C-243/08, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 June 2009, and Case C-40/08, Asturcom Telecominicaciones SL v. Maria Cristiba Rodriguez Nogueira, judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009" (noot onder arresten Pannon GSM, EU:C:2009:350 en Asturcom, EU:C:2009:615), *CML Rev.* 2010, (879) (hierna: J. STUYCK, *noot onder arresten Pannon en Asturcom*) 893.

[1261] Arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675.

[1262] Arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350.

[1263] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 43, arrest Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, punt 23 en arrest Jőrös, C-397/11, EU:C:2013:340, punt 28.

[1264] Gent 4 maart 2003, *Jb.Hand.* 2003, 298 en *TGR* 2003, 162, Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE, Gent 4 januari 2012, *Juristenkrant* 2012, afl. 244, 7, weergave R. STEENNOT, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT en *TGR-TWVR* 2012, 193 en 26 oktober 2012, *Jb.Markt.* 2012, 286, noot P. CAMBIE en *TGR-TWVR* 2013, 46, Arrondrb. Brussel 18 november 2013, *RW* 2014-15, 549, noot en Oost-Vlaanderen 17 november 2014, *T.Vred.* 2015, 21, Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529, noot en Vred. Charleroi (III) 25 oktober 2006, *JLMB* 2007, 199, noot P. WÉRY en *RRD* 2006, 368 en 4 juli 2008, *JLMB* 2008, 1658, Brussel (I) 2 maart 2010, *Ius & Actores* 2010, 61, noot A. BERTHE, Grimbergen 12 september 2012, *T.Vred.* 2014, 83, noot en Eeklo 10 oktober 2013, *Jb.Markt.* 2013, 226, noot P. CAMBIE. Voor de rechterlijke uitspraken die niet ambtshalve toetsen, wordt verwezen naar S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 156, vn. 58.

[1265] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 402-403, nr. 506; R. STEENNOT, *Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid*, 30-31, nr. 45; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 22.

461. **Italië. –** Ook de Italiaanse doctrine[1266] en de *Corte Suprema di Cassazione*[1267] onderschrijven het bestaan van deze *potere-dovere* (mogelijkheid-plicht), ondanks de omstandigheid dat de wet leest dat de sanctie door de rechter *kan* ("*può*") worden opgeworpen.[1268] De eliminatie van oneerlijke bedingen, aldus het Italiaanse cassatiehof, maakt immers deel uit van de *ordine pubblico di protezione*[1269], wat lijkt aan te sluiten bij de communautaire rechtspraak die stelt dat de consumentenbeschermende Europese normen als *gelijkwaardig aan nationale regels van openbaar belang*[1270] moeten worden beschouwd.[1271]

9.1.3.1.3. GEEN BESCHERMING WANNEER DE CONSUMENT ZICH VERZET

462. **Opwerpen *versus* uitspreken. –** Sinds de uitspraak in Océano Grupo is het duidelijk dat de rechter ambtshalve kan toetsen of een beding oneerlijk is. Dit heeft tot gevolg dat hij in het Belgisch recht althans de nietigheid van dat beding mag – zelfs: moet[1272] – *opwerpen*. Van een geheel andere orde is evenwel de vraag of de rechter in die gevallen ook verplicht is de nietigheid van het beding *uit te spreken* of *vast te stellen*. Immers zijn dit twee te onderscheiden zaken: de ambtshalve opwerping van nietigheden heeft tot gevolg dat de rechter de partijen informeert over het bestaan van een vernietigingsgrond, de debatten heropent en partijen toelaat om standpunt in te nemen over de nietigheidsgrond. Het effectief uitspreken van de nietigheid, de nietigverklaring, houdt daarentegen in dat de rechter het bestaan van een gebrek vaststelt, waarna hij overeenkomst uit de rechtsorde verwijdert door een uitspraak, bekleed met gezag van gewijsde.[1273] *Opwerpen* is dus een kwestie van louter procedureel recht, terwijl het *uitspreken* van de nietigheid gevolgen van substantieelrechtelijke aard meebrengt voor de verhouding tussen partijen.[1274]

463. **Huidige situatie in België. –** Zoals aangehaald, wordt op heden in België aanvaard dat relatieve nietigheden door de rechter worden *opgeworpen*. Of de rechter ook effectief kan *vernietigen*, hangt evenwel af van de soort nietigheid.[1275] Absolute nietigheden *moet* hij immers uitspreken, gezien zij inbreuken op de openbare orde remediëren. Relatieve

[1266] F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio*, nr. III; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 92; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; A. PALMIERI en R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa*; E. PIRO, *Tutela*, 91 en 105; V. RIZZO, *Profili storici*, 51.
[1267] Zie bv. Cass. (IT) 16 april 2012, n. 5976 en 4 september 2012, n. 14828, *motivo* 3.4.
[1268] Zie *supra*, nr. 459.
[1269] "*openbare beschermingsorde*". Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242, *motivo* 3.11 en 12 december 2014, n. 26243.
[1270] Arrest Asturcom, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 52 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 50.
[1271] Vgl. Vred. Charleroi (III) 25 oktober 2006, *JLMB* 2007, 199, noot P. WÉRY en *RRD* 2006, 368 en 4 juli 2008, *JLMB* 2008, 1658, waarin wordt gesteld dat de toenmalige Wet Handelspraktijken uit 1991 onder de *economische openbare orde* valt.
[1272] Zie *supra*, nr. 460.
[1273] T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*, 238-239, nr. 5.
[1274] Vgl. in het Italiaanse recht Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242 en 12 december 2014, n. 26243, waarin het Hoogste Hof zich uitspreekt over de opwerpbaarheid van de gemeenrechtelijke nietigheid en de *nullità di protezione*.
[1275] Zie *supra*, nr. 407.

nietigheden daarentegen sanctioneren inbreuken op louter dwingend recht. Partijen dienen in beginsel dan ook een vordering tot nietigverklaring in te stellen, desnoods na de voormelde heropening van de debatten.[1276]

464. **Arrest Océano Grupo. –** Het arrest Océano Grupo blijkt het onderscheid tussen de bevoegdheid tot het opwerpen en de bevoegdheid tot het uitspreken van de nietigheid niet te hanteren. Het Hof stelt met name dat de nationale rechter

> **"** *ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.* **„**[1277]

Bijzonder aan die zaak was evenwel dat de consument-verweerder verstek liet en dat het kwestieuze beding een forumkeuzebeding betrof. Het heropenen van de debatten was in dit geval dus zinloos: er was immers geen verschijnende consument om standpunt in te nemen over het oneerlijk karakter van het beding, *precies omwille van* dat oneerlijk karakter. Een niet-verschijnende verweerder wordt evenwel geacht de territoriale bevoegdheid te betwisten, waardoor de rechter sowieso ambtshalve zijn bevoegdheid moet nagaan.[1278]

465. **Onduidelijkheid: alleen bevoegdheidsbedingen? –** Op basis van voornoemd arrest uit 2000 was dan ook niet uit te maken of de rechter nu in alle gevallen ambtshalve moest overgaan tot effectieve vernietiging van het oneerlijk beding, dan wel of er omstandigheden waren waarin dit niet mocht of moest en welk criterium dit hoorde uit te maken. Diende met name een onderscheid te worden gemaakt tussen bedingen inzake bevoegdheid en andere bedingen?[1279]

466. **Ook andere bedingen. –** Dit discussiepunt werd beslecht door de zaak Cofidis. Hieruit blijkt immers dat niet enkel forumkeuzebedingen ambtshalve toetsing behoeven.[1280] Ook in latere uitspraken werd de ambtshalve opwerpbaarheid van de oneerlijke aard van bedingen door het Hof bevestigd in algemene bewoordingen.[1281]

467. **Niet enkel opwerpen, ook uitspreken. –** Tot slot en meer algemeen lijkt het er op dat het Hof van Justitie niet enkel het ambtshalve *opwerpen* van de nietigheidssanctie voor ogen heeft. Immers stelt het Hof in het arrest Pannon GSM uitdrukkelijk dat

> **"** *de nationale rechter gehouden is, ambtshalve te toetsen of een contractueel beding oneerlijk is zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Acht hij een dergelijk beding oneerlijk, dan laat hij het buiten toepassing,* tenzij de consument zich hiertegen verzet. *De nationale rechter is*

[1276] T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*, 239, nr. 5.
[1277] Arrest Océano Grupo, EU:C:2000:346, punt 29.
[1278] *Cf.* Arrondrb. Brussel 18 november 2013, *RW* 2014-15, 549, noot.
[1279] Vgl. J. STUYCK, *noot onder arresten Pannon en Asturcom*, 896-897.
[1280] Arrest Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, punt 13. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 403-404, nr. 507 en H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 389-390.
[1281] Arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punt 26 en 38, arrest Asturcom, EU:C:2009:615, punt 31 en 32 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 39 en 40.

daartoe ook verplicht wanneer hij onderzoekt of hij ratione loci bevoegd is. „[1282]
Die redenering is dus anders dan deze welke klassiek in het Belgische sanctierecht terug te vinden is, wanneer een gebrek gesanctioneerd wordt met een relatieve nietigheid.[1283]

468. **Belgische procedure na opwerpen nietigheid. –** Zowel de Belgische nietigheidsleer als de communautaire rechtspraak met betrekking tot de sanctie vereisen dat de bodemrechter de debatten heropent om partijen hun standpunten over die sanctie te laten uiteenzetten[1284], maar na dat punt lopen de te volgen paden uiteen. Immers, de principieel lijdelijke rol van de Belgische rechter impliceert dat die rechter de relatieve[1285] nietigheid van het oneerlijk beding pas zal kunnen uitspreken indien een partij dit (alsnog) *vordert*, na heropening van het debat.[1286] De rechtspraak over oneerlijke bedingen daarentegen vereist het tegengestelde: de rechter moet *in principe* de nietigheid uitspreken, *tenzij* de beschermde partij uitdrukkelijk het tegengestelde vraagt.[1287] In dat laatste geval heeft de rechter geen keus en *mag* hij *niet* vernietigen.[1288]

469. ***Ratio* en gevolgen voor de Belgische rechtsorde. –** Dit komt logisch voor wanneer de achterliggende idee van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in herinnering wordt genomen: meermaals bevestigde het Hof van Justitie immers dat nationale rechters de consument evenzeer moeten behoeden in gevallen waarin die zich zelf niet op de oneerlijkheid van een beding beroept, hetzij wegens onwetendheid of na een afweging van de kosten.[1289] Evenwel haalt deze rechtspraak wederom de klassieke Belgischrechtelijke nietigheidsregels onderuit. Absolute nietigheid kan immers wel ambtshalve worden opgeworpen, maar kent aan geen van de partijen een recht toe om de effectieve vernietiging tegen te houden. Van relatieve nietigheid kan anderzijds wel afstand worden gedaan door de beschermde partij, maar die kan dan weer niet worden uitgesproken zonder dat dit uitdrukkelijk door een partij wordt gevraagd.

470. **Veto voor de consument. –** In de Italiaanse doctrine werd voorts geconcludeerd dat de consument eigenlijk de vrije keuze heeft of hij het oneerlijk beding al dan niet laat vernietigen; de professioneel heeft die keuze daarentegen niet.[1290] Door bepaalde auteurs

[1282] Arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 35. Eigen cursivering. Dit wordt o.m. herhaald in arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 41 en bevestigd door Cass. (IT) 8 februari 2012, n. 1875, 16 april 2012, n. 5976, Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 4 september 2012, n. 14828, *motivo* 3.4 en Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242, *motivo* 26242.
[1283] *Contra* (kennelijk): T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*, 239, nr. 5.
[1284] Deze vereiste om uiting te geven aan het *beginsel van hoor en wederhoor* werd immers ook meermaals bevestigd door het Hof van Justitie. Zie bv. arrest Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, punt 31 en 36 en arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 52.
[1285] Bij absolute nietigheid ligt dit immers anders: dan moet de rechter de nietigheid ook ambtshalve uitspreken. Zie *supra*, nr. 408.
[1286] T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*, 238-239, nr. 5.
[1287] *Cf.* arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 42. R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 31 en, wat Italië betreft, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 93.
[1288] E. PIRO, *Tutela*, 91; R. STEENNOT, *Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid*, 18, nr. 33.
[1289] Arrest Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, punt 34 en arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punt 29. *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 405, nr. 508.
[1290] E. PIRO, *Tutela*, 75-76 en 77. Besloten in dezelfde zin tot een *relatief procesbelang*: A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 100-101, nr. 4.1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 92-93; L.

werd geopperd dat dit onderscheid een discriminatie inhield ten voordele van de consument.[1291] Dit argument dient evenwel te worden verworpen: de situatie verschilt immers niet van het 'veto' dat wordt toegekend aan andere beschermde partijen in het gemeen recht: *nemo censetur propriam turpitudinem allegans*. Daarbij beschikt de professioneel hoe dan ook niet over een procedureel belang[1292] om zich op de nietigheid te beroepen.[1293]

471. **Italië: bekrachtiging van de nietigheid? –** De hierboven uiteengezette kwestie van de bescherming tegen de wil van de consument kan overigens in verband worden gebracht met het vraagstuk naar de mogelijkheid voor de consument om naar Italiaans recht de overeenkomst met oneerlijk beding (buitengerechtelijk) te bekrachtigen. In tegenstelling tot de Belgische wet[1294] bepaalt de Codice del consumo namelijk niet uitdrukkelijk dat de consument geen afstand kan doen van zijn recht om de aanwezigheid van een oneerlijk beding te laten sanctioneren.

472. **Italië: bekrachtiging: A. Mogelijk. –** Verschillende opvattingen werden verdedigd op vlak van de bekrachtigingsmogelijkheden. Bepaalde auteurs[1295] merkten met name op dat (de ruime categorie van) de 'bijzondere' nietigheden (*nullità speciali*) een gelijkaardige finaliteit nastreven als de *annullabilità*, te weten: het beschermen van een welbepaalde, zwakkere contractpartij. Bijgevolg besloten zij dat bekrachtiging naar analogie[1296] ook mogelijk moest zijn bij de *nullità speciali*, al werd wel erkend dat de *nullità di protezione* misschien een uitzondering was, gezien het consumentenrecht een andere finaliteit (te weten: het contractuele evenwicht) nastreeft.[1297]

473. **Italië: bekrachtiging: B. Onmogelijk. –** Vele internrechtelijke argumenten pleiten evenwel tegen een bekrachtigingsmogelijkheid. Vooreerst is er de oude formulering van de sanctie bij oneerlijke bedingen. Die verklaart die bedingen immers *inefficaci* (zonder uitwerking).[1298] In de wetenschap dat de nieuwe bepalingen op dezelfde manier moeten worden gelezen als onder die oude formulering[1299], kan worden beargumenteerd dat de bedingen radicaal zonder uitwerking zijn, zonder dat een contractpartij daar anderszins kan over beslissen.[1300] Voorts zou de bekrachtiging van die bedingen ingaan tegen de

---

NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi*, nr. 2. *Contra*: A. GENTILI, "L'inefficacia delle clausole abusive", *Rivista di diritto civile* 1997, 403 en 405; M. MANTOVANI, "Le nullità e il contratto nullo" in V. ROPPO (ed.), *Trattato del contratto*, IV, A. GENTILI (subed.), *Rimedi – 1*, Milaan, Giuffrè Editore, 2006, 82; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milaan, Giuffrè Editore, 1995, 176 e.v.

[1291] R. QUADRI, "«Nullità» e tutela del «contraente debole»", *Contratti e imprese* 2001, 1163.

[1292] Art. 100 Regio decreto (IT) 28 oktober 1940, n. 1443 'Codice di procedura civile', *GU* 28 oktober 1940 (hierna: Codice di procedura civile).

[1293] E. PIRO, *Tutela*, 77.

[1294] Zie m.n. art. VI.84, §1, derde lid WER.

[1295] Bv. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 93; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 66 en 90.

[1296] Zie m.n. art. 1444 c.c.

[1297] E. PIRO, *Tutela*, 80-81.

[1298] Zie *supra*, nr. 439.

[1299] Zie *supra*, nr. 446.

[1300] E. PIRO, *Tutela*, 82.

rechtszekerheid[1301] en bestaat het risico dat de consument onder druk wordt gezet door de professioneel om tot bekrachtiging over te gaan. Ook na het sluiten van de overeenkomst blijft hij mogelijks immers in een zwakkere onderhandelingspositie staan.[1302] Tevens dient ook acht te worden geslagen op de doelstelling van de sanctie bij oneerlijke bedingen: die bestaat er met name niet in om slechts één bepaalde, concrete medecontractant te beschermen, zoals het geval is bij de *annullabilità*. Integendeel strekt die sanctie er namelijk toe niet een individu, maar een groep – 'de consumenten' – van bescherming te voorzien. In die optiek kan één lid dan ook geen afstand doen van de bescherming die wordt geboden aan de gehele groep.[1303] Tot slot is er het artikel 143 van de Codice del consumo. Dat bepaalt met name in haar eerste lid dat de consument geen afstand kan doen van de rechten die hij uit dat wetboek verwerft. Hoewel de strekking van die bepaling bediscussieerd wordt[1304], moet *prima facie* toch worden besloten dat bekrachtiging niet (langer) mogelijk is, temeer wanneer alle bovenstaande argumenten in acht worden genomen.

474. **Italië: bekrachtiging: B. Onmogelijk: Hof van Justitie. –** Vanuit Europeesrechtelijk perspectief lijkt het antwoord op dit vraagstuk te mogen worden afgeleid uit de rechtspraak sinds het voormelde arrest Pannon GSM. De Unierechter staat klaarblijkelijk enkel toe dat de consument afstand doet van de bescherming verleend door de Richtlijn, wanneer de rechter hem ten volle in kennis stelde van de implicaties van die keuze. *A contrario* kan dus worden besloten dat in alle andere gevallen zulks niet wordt toegestaan door het Hof. Van een buitengerechtelijke bekrachtiging van een beding dat de consument "niet bindt" kan o.i. naar de huidige stand van de rechtspraak geen sprake zijn.

9.1.3.1.4. IRRELEVANTIE VAN DE HOUDING VAN DE CONSUMENT

475. **Arrest Pannon GSM. –** In dat arrest Pannon GSM[1305] werd verder ook antwoord geboden op de vraag naar de eventueel relevantie van de proceshouding van de consument. Of de consument al dan niet de nietigheid opwerpt, al dan niet verschijnt, dan wel of hij desgevallend in persoon verschijnt of wordt vertegenwoordigd door een advocaat, maakt niks uit: in elk van die gevallen vereist een effectieve consumentenbescherming dat de nationale rechter desnoods ambtshalve de nietigheidsgrond opwerpt.[1306]

476. **Arrest Mostaza Claro en arrest Jőrös: ook later in de procedure en in beroep. –** De zaak Mostaza Claro maakte overigens duidelijk dat de aanwezigheid van een oneerlijk beding ook op latere ogenblikken in een procedure kan worden vastgesteld. In die zaak werd immers door het Luxemburgse Hof geoordeeld dat de rechter die gevraagd

[1301] E. PIRO, *Tutela*, 82.
[1302] E. PIRO, *Tutela*, 83.
[1303] E. PIRO, *Tutela*, 83.
[1304] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 93-94.
[1305] Zie m.n. arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 24, 25 en 27.
[1306] R. STEENNOT, *Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid*, 31, nr. 45; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 23.

wordt de nietigheid van een arbitraal verstekvonnis uit te spreken, op grond van de Richtlijn evenzeer ambtshalve de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in de arbitrageovereenkomst moet kunnen vaststellen.[1307] Steun hiervoor wordt gevonden in "[d]e aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust".[1308] Een zelfde redenering lag voorts ten grondslag aan het arrest Jőrös, waar werd overwogen dat zelfs in graad van beroep de rechter voor de eerste maal ambtshalve het vigeren van oneerlijke bedingen moest nagaan.[1309]

477. **Arrest Asturcom en beschikking Pohotovost: definitieve arbitrale uitspraak. –** In het arrest Asturcom en de beschikking Pohotovost van 2010[1310] wordt voorts zelfs gesteld dat de aanwezigheid van een oneerlijk beding in een arbitrageovereenkomst nog kan worden vastgesteld door de rechter in een procedure tot uitvoerbaarverklaring van een definitief arbitraal verstekvonnis. Dit is althans het geval indien de exequaturrechter naar intern procesrecht de mogelijkheid heeft dat arbitraal vonnis te toetsen aan het nationaal openbaar belang.[1311] Immers, aldus het Hof, is artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen te kwalificeren

> **"** *als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.* **„**[1312]

478. **Besluit. –** Concluderend moet ook de consument die een volstrekt passieve houding aanneemt in een procedure, ten volle op bescherming tegen oneerlijke bedingen kunnen rekenen.[1313] Tot eenzelfde besluit noopt trouwens het aangehaalde beginsel dat zonder zijn uitdrukkelijke en geïnformeerde toestemming in de procedure, de consument geen afstand kan doen van zijn recht op sanctionering van een oneerlijk beding.[1314] Aldus kan de stelling worden bijgetreden dat het Hof de figuur van de zwakke, ongeïnformeerde consument voor ogen houdt bij het bepalen van de modaliteiten van de sancties bij oneerlijk bedingen.[1315] Dit staat in contrast met de voormelde *normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige* consument die de maatstaf blijkt uit te maken bij het nagaan van de transparantievereiste.[1316]

[1307] Arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punt 30 en 39.
[1308] Arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punt 38.
[1309] Arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 38. R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 27.
[1310] Er is immers ook een *arrest* Pohotovost van 2014.
[1311] Arrest Asturcom, EU:C:2009:615, punt 53 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 51.
[1312] Arrest Asturcom, EU:C:2009:615, punt 52 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 50. Zie ook arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 30.
[1313] *Cf.* S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 155, nr. 24.
[1314] Zie *supra*, nr. 467.
[1315] P. ROTT, "Case note on Banco Español de Credito v Joaquín Calderón Camino" (noot onder arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349), *ERCL* 2012, (470) (hierna: P. ROTT, *Case note on Banco Español de Credito*) 474-475 en 479-480.
[1316] Zie *supra*, nr. 305.

9.1.3.1.5. IRRELEVANTIE VAN DE AARD VAN DE PROCEDURE

479. **Gelijkheid en doeltreffendheid. –** Voorts lijkt het een tendens uit te maken dat het Hof van Justitie in beginsel geen acht slaat op de aard van de gerechtelijke procedure waarin een overeenkomst met een mogelijk oneerlijk beding betrokken is. Of er nu sprake is van een procedure in graad van hoger beroep[1317], een vordering tot vernietiging van een arbitrale uitspraak[1318] of een exequaturprocedure met een definitief arbitraal vonnis als voorwerp[1319]: in al die gevallen vereisen het gelijkheids- en doeltreffendheidsbeginsel[1320] dat de rechter ambtshalve het bestaan van oneerlijke bedingen kan vaststellen.

480. **Exclusieve bevoegdheid van ander rechtscollege en betalingsbevelprocedure. –** Dat de rechter "alle consequenties moet trekken die volgens het nationale recht voortvloeien uit de vaststelling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding"[1321] geldt zelfs onverminderd in het geval waarin een andere rechter internrechtelijk exclusief bevoegd is het oneerlijk karakter van bedingen te beoordelen[1322] alsook onder meer in de versnelde procedures tot het verkrijgen van een betalingsbevel.[1323] In al die situaties oordeelde het Hof dat het nationale procesrecht desnoods moet wijken om de Europese bescherming te garanderen.

481. **Arrest Baczó en Vizsnyiczai: grenspaal? –** In het recente arrest Baczó en Vizsnyiczai lijkt de verregaande rechtspraak van het Hof evenwel op een grens te zijn gestoten. *In casu* stond het nationale procesrecht met name niet toe dat in een vordering tot nietigverklaring van een standaardovereenkomst, uitgaande van een consument, de rechter ook het bestaan van oneerlijk beding in die overeenkomst vaststelde. Hiertoe moest de consument-eiser zich tot een andere, bevoegde rechter wenden.[1324] Die omstandigheid is volgens het Luxemburgse Hof niet *per se* in strijd met het gelijkheids- en effectiviteitsbeginsel dat wordt gehanteerd om uit te maken of de consument op richtlijnconforme bescherming kan rekenen.[1325] Tenzij *in concreto* wordt geoordeeld dat de uitoefening van de consumentenrechten uit de Richtlijn door de onbevoegdheid van die eerste rechter zeer bemoeilijkt worden, is bijgevolg niet vereist dat de eisende consument bij een procedure tot vernietiging van een standaardovereenkomst tevens de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in die overeenkomst kan laten acteren.[1326]

[1317] Arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 51 en 53 en Jőrös, EU:C:2013:340. Zie *supra*, nr. 476.
[1318] Arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675. Zie *supra*, nr. 476.
[1319] Arrest Asturcom, EU:C:2009:615 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685. Zie *supra*, nr. 477.
[1320] Voor een bespreking over die beginselen in het licht van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, zie R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 26-28.
[1321] Deze idee maakt vaste Europese rechtspraak uit. Zie o.a. arrest Asturcom, EU:C:2009:615, punt 59, beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 62, arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 63, arrest Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, punt 27, arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 43,44 en 51 en arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 49.
[1322] Arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 49 t.e.m. 53.
[1323] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349.
[1324] Arrest Baczó en Vizsnyiczai, C-567/13, EU:C:2015:88, punt 25, 27 en 34.
[1325] Arrest Baczó en Vizsnyiczai, C-567/13, EU:C:2015:88, punt 48 t.e.m. 59.
[1326] Arrest Baczó en Vizsnyiczai, C-567/13, EU:C:2015:88, punt 59.

9.1.3.1.6. PROFESSIONEEL DOET 'AFSTAND' VAN HET BEDING

482. **Nietigheid nog mogelijk? –** Een ander vraagstuk betreft voorts de situatie waarin de professioneel *afstand doet* van een beding, voor zover het oneerlijk is. Is het in die omstandigheid met name nog toegestaan aan de rechter om de nietigheid van het volledige beding op te werpen?

483. **Voorbeeld. –** Illustratief voor dit vraagstuk is de omstandigheid waarbij een onderneming een erg hoog schadebeding (bijvoorbeeld 20% van de verkoopprijs en 15% nalatigheidsinteresten) in haar algemene voorwaarden heeft opgenomen. Een vaak voorkomende procedurele ontwikkeling in zo'n geval is dat de professioneel, niet zelden reeds in de dagvaarding, verklaart vrijwillig te zullen volstaan met een bedrag lager dan dat waarop hij conform dat beding[1327] recht schijnt te hebben (bijvoorbeeld 5% van de verkoopprijs en 4% nalatigheidsinteresten). Kan de rechter ook in dat geval alsnog het oneerlijk karakter van het beding vaststellen, of mag hij zich enkel inlaten met de al dan niet oneerlijke aard van het beperkte beding, zoals het uit de vordering blijkt?

484. **Beding blijft oneerlijk en vernietigbaar. –** Een antwoord op dit vraagstuk *de lege lata* lijkt te zijn dat de rechter het gehele beding kan (moet) vernietigen. Dat beding is immers, samen met de volledige overeenkomst, in het geding gebracht. Dat de professioneel er voor kiest om zijn beweerde contractuele rechten slechts gedeeltelijk uit te oefenen op grond van het beginsel dat *qui peut le plus, peut le moins*, doet daar geen afbreuk aan. Immers, de (rechtmatige) uitoefening van een recht dat door de rechtsorde onrechtmatig wordt bevonden, doet geheel geen afbreuk aan het onrechtmatige karakter van dat recht. Ook het Gentse beroepshof lijkt die interpretatie genegen.[1328] Het beperken van een contractuele vordering tot een 'aanvaardbaar' (*niet-oneerlijk*) niveau, ontneemt de rechter met andere woorden niet de mogelijkheid om ambtshalve de wederrechtelijke aard, en dus de nietigheid vast te stellen met betrekking tot een bepaald oneerlijk beding. Een ultiem argument kan tot slot worden gevonden in de rechtspraak van het Hof van Justitie, daar waar het Hof met name bevestigde dat vorderingen tegen oneerlijke bedingen zelfs kunnen worden ingesteld wanneer die bedingen "niet in een concrete overeenkomst zijn gebruikt".[1329]

9.1.3.1.7. FORUMKEUZEBEDING

485. **Arrest Pénzügyi Lízing. –** Met betrekking tot forumkeuzebedingen[1330] moet tot slot nog worden gewezen op het arrest Pénzügyi Lízing.[1331] Daarin stelt het Hof met name dat de rechter in een overeenkomst gesloten tussen een consument en een professioneel steeds

[1327] Er wordt uiteraard door de professioneel verondersteld dat het beding geldig is, *quod non*.
[1328] Gent 26 oktober 2012, *Jb.Markt.* 2012, 286, noot P. CAMBIE en *TGR-TWVR* 2013, 46.
[1329] Arrest Pohotovost', C-470/12, EU:C:2014:101, punt 44.
[1330] Inzake de gevolgen van het arrest Pannon op forumkeuzebedingen, zie H.W. MICKLITZ en B. KAS, "Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008 – 2013) – Part I", *ERCL* 2014, (1) (hierna: H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*) 11-13; J. STUYCK, *noot onder arresten Pannon en Asturcom*, 895-896.
[1331] Arrest Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659.

al het mogelijke moet doen om na te gaan of dat beding onder het toepassingsgebied van de bescherming tegen oneerlijke bedingen valt, en of het *in concreto* een oneerlijk beding is, in welk geval ambtshalve de sanctie moet worden toegepast.[1332]

9.1.3.2. REST OVEREENKOMST BLIJFT ZO MOGELIJK BINDEND

486. ***Ratio*: contractueel evenwicht herstellen. –** Artikel 6.1, *in fine* Richtlijn Oneerlijke Bedingen leest verder dat "de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan". Die vereiste wordt door het Hof van Justitie ook bevestigd[1333]: de bedoeling van de communautaire wetgever bestaat er immers niet in de volledige overeenkomst uit het rechtsverkeer te halen, maar net wel om het contractuele evenwicht tussen partijen te herstellen.[1334]

487. **Partiële nietigheid. –** Zowel in België[1335] als in Italië[1336] werd dan ook gekozen om een partiële nietigheid te voorzien. Dit houdt in dat die nietigheid zich in beginsel niet uitstrekt tot de ganse overeenkomst, maar enkel het oneerlijke beding treft.[1337] De overeenkomst wordt aldus 'gezuiverd' van het oneerlijke beding.[1338] Zonder haar partieel karakter zou de nietigheid tot gevolg hebben dat de consument *de facto* de keuze heeft de hele overeenkomst met inbegrip van oneerlijk beding uit te voeren, of het volledig nietig te laten verklaren.[1339]

488. **Bemerking met betrekking tot de partiële nietigheid. –** Een randbemerking op dit punt betreft evenwel de vraag of zelfs de partiële nietigheid niet verder gaat dan gewenst met betrekking tot een oneerlijk beding. Immers, in een klassieke lezing van de partiële nietigheid wordt het geviseerde beding volledig uit de overeenkomst verwijderd. Nochtans lijkt in de Richtlijn te moeten worden gelezen dat het oneerlijk bevonden beding wel verbindend blijft in het voordeel van de consument, dat wil zeggen: ten aanzien van de professioneel.[1340] Dit is vooral problematisch bij bedingen die verbintenissen stipuleren voor zowel de professioneel als de consument. Hoewel dergelijke bedingen wellicht zelden voorkomen, en de kwestie dus misschien praktische relevantie mist, kunnen toch verschillende voorbeelden voor de geest worden gehaald. Zo kan worden gedacht aan aansprakelijkheidsuitsluitende bedingen ten voordele van beide partijen. De consument

[1332] Arrest Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, punt 54 en 56. V. RIZZO, *Profili storici*, 51; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 24.
[1333] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 29 en arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 45.
[1334] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 31 en arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 46. L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 37 en 38. Dit blijkt ook uit de interpretatieregel in art. 5 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie *supra*, nr. 324.
[1335] Art. VI.84, §1, tweede lid WER.
[1336] Art. 36, eerste lid, *in fine* cod.cons. Eerder was dit nochtans niet opgenomen in de tekst van de wet (G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*, 55).
[1337] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 430, nr. 545; A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 102, nr. 4.1; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 90; L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 4.2; E. PIRO, *Tutela*, 67; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 151, nr. 20.
[1338] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 102, nr. 4.1.
[1339] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 89; E. PIRO, *Tutela*, 95.
[1340] Zie in die zin bv. conclusie Pereničová, C-453/10, EU:C:2011:788, punt 49.

heeft er in die gevallen met name alle belang bij dat de aansprakelijkheid van de professioneel van die beperking wordt ontdaan, terwijl zijn eigen aansprakelijkheid gelimiteerd blijft.

489. **Objectieve criteria. –** De criteria die voorts in aanmerking dienen te worden genomen door de nationale rechter om te bepalen of de overeenkomst na de eliminatie van het oneerlijke beding nog kan voortbestaan, dienen volgens het Hof objectief te worden ingevuld.[1341] Hiermee wordt gedoeld op het feit dat de situatie van een contractpartij niet doorslaggevend kan zijn om "het verdere lot van de overeenkomst" te bepalen.[1342]

490. **Italiaanse partiële nietigheid: Codice civile. –** Zulks lijkt nochtans anders te zijn dan bij de klassieke gemeenrechtelijke nietigheid in Italië. Daar leest de Codice civile op dit thema immers als volgt:

> **"** *Art. 1419 — Nullità parziale:*
> *1. La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.*
> *2. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.* **„**[1343]

491. **Italiaans partiële nietigheid: twee gevallen. –** *Ergo*, de nietigheid van een beding brengt de nietigheid van de volledige overeenkomst met zich mee, behoudens in twee alternatieve gevallen. Die gevallen betreffen met name de omstandigheid waarin het beding niet essentieel was en die waarin het beding van rechtswege door imperatief recht wordt vervangen[1344]. Er wordt geparafraseerd dat de nietige bedingen respectievelijk door de wil van de partijen of door die van de wetgever wordt vervangen.[1345]

492. **Italiaanse partiële nietigheid: virtuele wil. –** De eerste gemeenrechtelijke situatie waarin de nietigheid zich dus beperkt tot het geviseerde beding, betreft de 'virtuele wil' van de partijen. Dit werd althans vroeger door de rechtspraak zo gelezen. Op heden lijkt

[1341] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 32 en arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 47. Zo ook B. KEIRSBLICK, *Interaction between unfair terms and practices*, 250, 252-253 en 254 en, wat het Belgisch recht betreft, C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*, 52, nr. 27.
[1342] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 32.
[1343] "*Art. 1419 — Partiële nietigheid:*
1. De partiële nietigheid van een overeenkomst of de nietigheid van enkele bedingen brengt de nietigheid van de volledige overeenkomst met zich mee, als blijkt dat de contractanten de overeenkomst niet zouden hebben gesloten zonder dat deel van haar inhoud dat door de nietigheid is getroffen.
2. De nietigheid van enkele bedingen brengt de nietigheid van de overeenkomst niet mee, wanneer de nietige bedingen vervangen zijn door recht uit imperatieve normen."
[1344] Dit laatste geval wordt vaak toegepast in de rechtspraak en is te lezen in combinatie met art. 1339 c.c., dat stelt dat imperatief recht altijd van rechtswege mee deel uitmaakt van de overeenkomst (E. PIRO, *Tutela*, 93-94).
[1345] L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia*, nr. 13; E. PIRO, *Tutela*, 92-93.

evenwel een meer objectieve, 'economische' benadering te worden gevolgd[1346]: de rechter moet zich met name afvragen of de overeenkomst zonder het beding nog een *nut* heeft.[1347]

493. **Italiaanse partiële nietigheid: *nullità parziale necessaria*. –** Hier past evenwel nog een opmerking met betrekking tot het Italiaanse recht. In tegenstelling tot de Belgische wet[1348] voorziet de Codice del consumo met name niet in een bepaling die stelt dat de overeenkomst slechts overeind blijft 'indien ze zonder oneerlijke bedingen *kan* voortbestaan'. Er wordt daarom dan ook gewag gemaakt van een *nullità parziale necessaria* (noodzakelijke partiële nietigheid). De rechter zou dus geen appreciatiemarge hebben in het kader van de oneerlijkebedingenleer en de overeenkomst zou verplicht voortbestaan zonder de oneerlijke bedingen. In die lezing is het voormelde gemeenrechtelijke regime dan ook irrelevant. Waar zo'n 'verplicht partiële' nietigheid in sommige gevallen additionele bescherming kan bieden ten opzichte van de Richtlijn, hoeft het echter weinig betoog dat het voortbestaan van een overeenkomst na nietigheid van een bepaald beding in vele gevallen moeilijk of onmogelijk zal zijn.[1349]

494. **Objectieve invulling. –** Zo evenwel wordt aanvaard dat de partiële nietigheid niet 'verplicht' is, moet voorts worden vastgesteld dat het voormelde gemeenrechtelijke criterium van de *virtuele wil van de partijen* in het kader van de oneerlijke bedingen moeilijk te verzoenen is met de criteria gesteld door het Hof van Justitie.[1350] Of met name de nietigheid van een oneerlijk beding zich uitstrekt tot de andere delen van de overeenkomst, is geen kwestie die mag afhangen van de vraag of de partijen de overeenkomst al dan niet zouden hebben gesloten.[1351] Zulks zou immers de wilsautonomie en de bindende kracht van overeenkomsten, en daarmee de werking van de interne markt ondergraven.[1352] In het kader van de bescherming tegen oneerlijke bedingen dient dan ook een objectief criterium te worden gehanteerd. Hoe dit evenwel concreet moet worden ingevuld, is nog maar de vraag. De feitelijke mogelijkheid om de verbintenissen uit de overeenkomst daadwerkelijk uit te voeren[1353], lijkt alvast één potentieel criterium, het resterend economisch nut van de overeenkomst een ander.

495. **Volledige nietigheid als dit in het voordeel van de consument is? –** Meer algemeen heeft de Unierechter tot slot geoordeeld dat een nationale regeling die voorziet dat de gehele overeenkomst nietig is, wanneer die nietigheid in het voordeel van de consument is, niet vereist is op grond van de Richtlijn. Doordat er evenwel sprake is van

[1346] Cass. (IT) 11 augustus 1998, n. 7871, 1 maart 1995, n. 2340, 21 mei 2007, n. 11673 en 10 mei 2005, n. 9747.
[1347] E. PIRO, *Tutela*, 93.
[1348] Art. VI.84, §1, tweede lid, tweede zinsnede WER.
[1349] Zie, over dit alles, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 89-91.
[1350] E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 87-88. Vgl. H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*, 793, wat Duitsland betreft.
[1351] Conclusie Pereničová, EU:C:2011:788, punt 66, waarnaar wordt verwezen in arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 32.
[1352] Conclusie Pereničová, EU:C:2011:788, punt 64 en 67 (*j*° arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 32).
[1353] Conclusie Pereničová, EU:C:2011:788, punt 68.

minimumharmonisatie, staat niks er aan in de weg dat zo'n regeling niettemin wordt gehanteerd.[1354]

496. **Suppletief recht na vernietiging. –** Op de rol van suppletief recht ter aanvulling van de overeenkomst na vernietiging van een oneerlijk beding, wordt *infra*, in randnummer 503 en volgende ingegaan.

9.1.3.3. CORRECTIEVERBOD

497. **Bedingen 'aanvullen' en 'herzien'. –** In het arrest Banco Español de Crédito[1355] wordt door het Hof van Justitie voorts een *correctieverbod* geïnstalleerd. De *ratio legis* van de Richtlijn verbiedt de nationale rechter met name om een overeenkomst met een vernietigd oneerlijk beding aan te vullen door de inhoud van dat beding te herzien.[1356]

498. **Afschrikkende werking. –** Meer bepaald verplichten artikel 7.1 en considerans 24 van de Richtlijn de lidstaten namelijk tot het voorzien van doeltreffende middelen om het toekomstige gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten te ontmoedigen.[1357] Uit dit "langetermijndoel"[1358] leidt het Hof af dat van de nationale private sanctie op oneerlijke bedingen een *afschrikkende werking* dient uit te gaan. Niet alleen moet aan een onderneming die oneerlijke bedingen gebruikt, het voordeel van de toepassing van die bedingen worden ontnomen, ook en vooral moet het loutere gebruik van zo'n bedingen hun extra nadeel toebrengen.[1359]

499. **Bedingen 'matigen'. –** In het arrest Brusse[1360] verfijnt het Luxemburgse Hof haar rechtspraak. Het stelt met name dat de nationale rechter bovenmatige schadebedingen niet mag *matigen* tot een aanvaardbaar niveau.[1361] De afschrikkende werking die moet uitgaan van de curatieve controle verzet zich met andere woorden tegen een *correctie* van het oneerlijke beding, en vereist integendeel dat de rechter het zonder meer uit de overeenkomst verwijdert.[1362]

500. **Arrest Unicaja Banco en Caixabank. –** Ook in het recente arrest Unicaja Banco en Caixabank[1363] wordt nader ingegaan op het correctieverbod. *In casu* was een hypothecaire leningsovereenkomst aan de orde.[1364] Tijdens een hypothecaire

[1354] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 35 en Arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 47.
[1355] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349. Voor een analyse van dit arrest, zie F. PEERAER, "Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?" (noot onder arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349), *TBBR* 2013, 320-331 (hierna: F. PEERAER, *Botte bijl*); P. ROTT, *Case note on Banco Español de Credito*.
[1356] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 73.
[1357] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 78.
[1358] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2015:21, punt 31.
[1359] Arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 69.
[1360] Arrest Brusse, EU:C:2013:341.
[1361] Arrest Brusse, EU:C:2013:341, punt 60.
[1362] In dezelfde zin: arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 28 t.e.m. 31.
[1363] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21.
[1364] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 18 t.e.m. 20.

executieprocedure stelde de rechter met name vast dat in die overeenkomst een beding stond met een vertragingsrente ten laste van de consument aan een ratio die hoger was dan door de (nationale) wetgeving was toegestaan.[1365] Een nationale overgangsbepaling voorzag een matiging van dat te hoge percentage tot aan het wettelijke maximum.[1366] Op dit punt oordeelde de Unierechter dat er geen strijdigheid was met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, ingeval de nationale rechter die matiging doorvoerde.[1367] Edoch, indien de bodemrechter zou vaststellen dat het beding – naast onwettig – ook oneerlijk is in de zin van de Richtlijn (wat niet *ipso facto* het geval is[1368]), dan is hij daarentegen verplicht het hele beding "buiten toepassing" te laten.[1369]

501. **Artikel 1231 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. –** Die Europese rechtspraak is voor de Belgische rechtsorde niet zonder belang. Immers vormt dit een duidelijke bevestiging van de stelling dat het gemeenrechtelijke artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek geen toepassing vindt met betrekking tot overeenkomsten gesloten tussen een consument en een professioneel.[1370] Voornoemde bepaling staat het met name toe aan de rechter om, desgevallend ambtshalve, kennelijk te hoge schadebedingen te verminderen. Er werd vroeger reeds beargumenteerd dat de regels uit het Burgerlijk Wetboek als *lex generalis* moeten wijken voor artikel VI.83, 24° van het Wetboek Economisch Recht op grond van het lex-specialisbeginsel.[1371] Naast dat internrechtelijke argument is er thans dus ook de Europese rechtspraak om die stelling te onderbouwen: de rechter kan oneerlijke schadebedingen in consumentenovereenkomsten niet matigen, doch enkel vernietigen.

502. **Synthese. –** Samenvattend dienen de lidstaten een afschrikkende werking na te streven bij het implementeren van de Richtlijn. Zo'n ontradend effect zou er evenwel niet zijn, als de rechter de inhoud van een overeenkomst zou kunnen corrigeren louter door het oneerlijke beding te *matigen* of te *herzien*. Immers, als die bevoegdheid de rechter zou toekomen, dan is er geen enkele reden voorhanden voor professionelen om af te zien van het gebruik van als oneerlijk te kwalificeren bedingen. Wordt het beding namelijk gecorrigeerd opdat het een *eerlijk* beding wordt, dan hoeven zij niet te vrezen met lege handen te zullen eindigen.[1372]

[1365] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 16, 19 en 22.
[1366] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 17 en 35.
[1367] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 39.
[1368] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 36.
[1369] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 40 t.e.m. 42.
[1370] Zie o.a. Gent 2 februari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 324, noot P. DE VROEDE.
[1371] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 306, nr. 366; I. DEMUYNCK, "De nieuwe wet op de strafbedingen het matigingsrecht gelegaliseerd", *RW* 1999-2000, (105) 109-110, nr. 15-17; R. STEENNOT, "Artikel 74, 24°" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 6; R. STEENNOT *et al.*, *Wet Marktpraktijken*, 205, nr. 351.
[1372] R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 18. *Contra*: Rb. Veurne 28 januari 1999, *AJT* 1999-2000, 302, noot B. WYLLEMAN.

9.1.3.4. NATIONAAL SUPPLETIEF RECHT

503. **Nationaal recht *versus* afschrikkende werking? –** De communautaire rechtspraak over het voormelde correctieverbod bracht een volgende vraag aan het licht. Moet met name ook de *aanvulling met (nationaal) suppletief recht* worden beschouwd als een verboden *correctie*? Betwist was met andere woorden of de afschrikkende werking die moest uitgaan van de sanctie, er ook aan in de weg stond dat de rechter na vernietiging terugvalt op suppletief recht.[1373]

504. **Voorbeeld. –** Een typerend voorbeeld is de forfaitaire schadevergoeding. Indien met name een oneerlijk schadebeding wordt vernietigd, kan de rechter de professioneel dan nog toelaten om zijn contractuele schade te verhalen naar gemeen recht?

505. **Relevantie. –** Dat deze kwestie van groot belang is, hoeft weinig betoog. Immers, de gevallen waarin na de sanctionering (met nietigheid) wordt teruggevallen op aanvullend recht, zijn veel talrijker dan de situaties waarin aan de rechter een matigings- of herzieningsbevoegdheid toekomt.

506. **Gevolgen van een (hypothetisch) verbod op toepassing van suppletief recht. –** Voorts dienen de verregaande gevolgen van een verbod op de toepassing van gemeen recht in overweging te worden genomen. In bepaalde gevallen immers stelt zich de vraag, indien een beding vernietigd wordt en er geen nationaal aanvullend recht de hiaten in de overeenkomst kan opvullen, waarop er dan wel kan worden teruggevallen. Of dient in die gevallen de hele overeenkomst steeds te worden vernietigd? Verschillende illustraties zijn hier denkbaar. Wat bijvoorbeeld met een beding inzake de leveringstermijn van een goed dat wordt vernietigd wegens een te lange duurtijd? Welke termijn geldt er dan, zo wordt aangenomen dat de redelijke termijn uit het gemeen recht geen doorgang vindt?

9.1.3.4.1. TOEPASSEN NATIONAAL SUPPLETIEF RECHT NIET PER SE STRIJDIG

507. **Arrest Kásler. –** In het arrest Kásler[1374] werd een begin van antwoord geboden op deze vragen. In omstandigheden zoals deze die zich in die zaak voordeden, stond de afschrikkende werking er niet aan in de weg dat suppletief recht werd toegepast na vernietiging. Eigen aan die zaak was evenwel dat het *niet*-toepassen van gemeen suppletief recht tot gevolg zou hebben dat een gehele *kredietovereenkomst* nietig is. Op de consumenten zou bijgevolg een restitutieplicht komen te rusten: het gehele geleende bedrag zou ineens moeten worden terugbetaald.[1375] Kortom, indien suppletief recht *niet* wordt toegepast, zou de consument daarvan nadeel ondervinden.[1376]

[1373] P. CAMBIE, "Onrechtmatige bedingen: voortaan kleine lettertjes met grote gevolgen?", *Jb.Markt.* 2011, (241) 256; F. PEERAER, *Botte bijl*, 324-325, nr. 12-13; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 162-163, nr. 29.
[1374] Arrest Kásler, EU:C:2014:282.
[1375] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 84.
[1376] Zie, uitgebreider, mijn *noot Kásler*, 157-158, nr. 18-22 en 160-162, nr. 31-36.

508. ***Ratio decidendi*. –** Het Hof oordeelde dan ook dat *in casu* het correctieverbod zich niet uitstrekt tot de aanvulling van de overeenkomst met gemeen recht. Ter verantwoording hiervoor wordt ten eerste aangedragen dat de afschrikkende werking niet gebaad zou zijn met situatie waarin aanvullend recht niet wordt toegepast.[1377] Als tweede argument vindt het Hof steun in één van de doelstellingen van de Richtlijn: de rechter in staat stellen om een reëel evenwicht te installeren in de contractverhouding. De vernietiging van de ganse overeenkomst zonder meer zou de rechter die mogelijkheid ontnemen. Aanvullen met gemeen recht laat hem dat wel toe.[1378]

509. ***Ergo*: niet *per se* strijdig. –** Aldus is duidelijk dat de toepassing van gemeen recht na vernietiging van een oneerlijk beding althans in beginsel niet *per se* strijdt met het correctieverbod. Edoch, het bleef een open vraag of dit in bepaalde gevallen *wel* zo is. Er zijn immers veel situaties denkbaar waarin net de professioneel belang heeft bij de aanvulling van de overeenkomst met gemeen recht, bijvoorbeeld na vernietiging van een forfaitair schadebeding.

9.1.3.4.2. CRITERIUM VOOR DE GEOORLOOFDE TOEPASSING VAN SUPPLETIEF RECHT

510. **Nooit, altijd, casuïstisch? –** Enige discussie was dus mogelijk over het criterium dat diende te worden gehanteerd om uit te maken of de rechter suppletief recht mag toepassen na vernietiging. Is aanvullend nationaal recht met name *nooit* toepasselijk in het voordeel van de professioneel, desgevallend met de nietigheid van de hele overeenkomst tot gevolg?[1379] Is aanvullend recht integendeel *altijd* toepasselijk in het voordeel van de professioneel? Of moet de rechter geval per geval nagaan of het afschrikkend effect nog voldoende aanwezig is, mocht suppletief recht worden toegepast?

511. **Arrest Unicaja Banco en Caixabank. –** In een recente uitspraak lijkt het Hof deze onenigheid te willen beslechten. In tegenstelling tot de o.i. meer overtuigende opvatting dat gemeen recht *per definitie*[1380] toepassing vindt[1381], ongeacht in wiens voordeel dat recht doorwerkt[1382], oordeelde de Unierechter namelijk:

> **“** *Het Hof heeft inderdaad ook erkend dat de nationale rechter de mogelijkheid*

[1377] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 83 en 84 en conclusie Kásler, EU:C:2014:85, 102.
[1378] Arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 81 en 82.
[1379] Voor die stelling zou voorzichtig een argument kunnen worden gevonden in arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 35 en arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 47, waarin het Hof stelt dat de minimumharmonisatie van de Richtlijn niet in de weg staat aan een volledige nietigverklaring van de overeenkomst, “wanneer blijkt dat dit de consument een betere bescherming biedt”. Voorwaarde is dan uiteraard wel dat hiervoor een uitdrukkelijke rechtsbasis in het nationale recht aan te treffen valt.
[1380] Immers, bij gebreke van bijzondere (bv. communautaire) normen, wordt steeds teruggevallen op de *lex generalis*, het gemeen recht.
[1381] *Cf.* het (niet-gevolgde) voorstel voor wetswijzing van de (Belgische) Commissie voor Onrechtmatige Bedingen uit 2008 (COMMISSIE VOOR ONRECHTMATIGE BEDINGEN, *Advies (25) inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorontwerp van wet betreffende bepaalde marktpraktijken*, Brussel, 2008, http://economie.fgov.be/nl/fod/structuur/Commissions_Raden/Commissie_onrechtm_bedingen/adviezen).
[1382] In die zin ook R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 19. *Cf.* (kennelijk) J. BERLIN, “Obscurité des clauses contractuelles… et de la directive” (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *JPC G* (FR) 2014, comm. 564. *Contra:* S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, “Clauses abusives : étendue du controle, étendue de la sanction” (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *JPC E* (FR) 2014, comm. 1482.

> *heeft om een oneerlijk beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht, indien de vervanging strookt met het doel van artikel 6, lid 1* (…) *en het mogelijk maakt een reëel evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst te herstellen. Deze mogelijkheid is evenwel beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en* de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad (…). **„**[1383]

5I2. **Redenering in twee stappen. Vraag 1. –** Het komt er met andere woorden op aan om per geval in twee etappes te redeneren. Vooreerst (1) dient te worden uitgemaakt of de overeenkomst zonder het oneerlijk beding kan blijven voortbestaan.[1384]

5I3. **Vraag 1 - hypothese 1.A: overeenkomst kan niet voortbestaan zonder het beding. Vraag 2. –** Zo het beding met name onmisbaar was voor de overeenkomst, dient een volgende vraag te worden gesteld (2), met name of de consument door de nietigheid van de volledige overeenkomst nadeel ondervindt.

5I4. **Vraag 2 - hypothese 2.A: consument ondervindt geen nadeel door nietigheid. –** Worden de belangen van de consument namelijk niet geschaad door de nietigheid van de gehele overeenkomst, dan kan suppletief recht het oneerlijke beding niet vervangen om de overeenkomst te *redden*. De overeenkomst blijft met andere woorden geheel nietig. Ter illustratie kan hier worden gedacht aan een prijsberekeningsbeding in een verkoopovereenkomst: indien dat beding oneerlijk wordt bevonden[1385], is de hele overeenkomst in beginsel nietig. De koopovereenkomst kan immers niet nuttig voortbestaan zonder berekeningsmodaliteiten van de prijs. Zo de consument zich in dat geval van de koop wil ontdoen, is dit dus geen probleem: de gehele overeenkomst blijft nietig. Een gemeenrechtelijke berekeningswijze van de prijs komt dus niet in de plaats.

5I5. **Vraag 2 - hypothese 2.B: consument ondervindt wel nadeel door nietigheid. –** In het geval waarin de consument zijn belangen daarentegen wel geschaad ziet door de vernietiging, enkel en alleen dan kan de nationale rechter beslissen om suppletief recht toe te passen. Hiertoe is uiteraard wel vereist dat die toepassing van suppletief recht die belangenschending kan verhinderen. Een dergelijke situatie deed zich met name voor in de voornoemde zaak Kásler[1386]: de nietigheid van de kredietovereenkomst had daar

[1383] Arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 33. Eigen cursivering.
[1384] Zie, over de reikwijdte van de sanctie, *supra*, nr. 486.
[1385] Hierbij behoeft het opmerking dat bedingen inzake de prijs doorgaans niet kunnen worden getoetst, gezien zij essentiële bedingen zijn (zie *supra*, nr. 126 e.v.). Nochtans kan een beding inzake de *berekeningswijze* van de prijs in de regel wel getoetst worden (R. STEENNOT, "Artikel 75 WMPC" in *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*, nr. 13). Voorts kan ook een onduidelijk geformuleerd essentieel beding worden getoetst (*ibidem*; zie ook *supra*, nr. 133 en 291 e.v.), zodat ook eigenlijke prijsbedingen in bepaalde omstandigheden oneerlijk kunnen worden bevonden.
[1386] Arrest Kásler, EU:C:2014:282.

immers tot gevolg gehad dat het gehele geleende bedrag ineens door de professioneel kon worden opgeëist ingevolge de restitutieplicht.[1387]

516. **Vraag 1 – hypothese 1.B: overeenkomst kan wel voortbestaan zonder het beding. –** Tot slot rest nog de bespreking van de omstandigheid waarin de overeenkomst wel kan voortbestaan zonder het verwijderde oneerlijke beding. Gezien de cumulatieve formulering van de voorwaarden door het Hof van Justitie, nopen de hierboven aangehaalde overwegingen o.i. tot het besluit dat nationaal suppletief recht dat beding *niet* kan 'vervangen'.

517. **Verregaande implicaties –** Die laatste vaststelling *de iure condito* doet evenwel verbazen. Immers, impliceert dit dan bijvoorbeeld dat na vernietiging van een oneerlijk (bijvoorbeeld niet-wederkerig[1388]) schadebeding, de professioneel ook niet kan terugvallen op schadevergoeding op grond van het gemeen recht? Een positief antwoord houdt in dat de professioneel wel erg draconische gevolgen ondervindt naar aanleiding van het gebruik van een oneerlijk schadebeding: hij verliest zijn recht om contractuele schade te verhalen! Er valt dan ook maar te hopen dat het Hof van Justitie op dit aspect nog terugkomt en de nodige nuances aanbrengt.

518. **Algemene beschouwing. –** Meer algemeen komt het voor dat deze rechtspraak opnieuw in verregaande mate ingrijpt in het nationale nietigheidsleer. De Belgische rechtspraak schijnt immers de toepassing van suppletief recht na vernietiging van een oneerlijk beding nooit in vraag te hebben gesteld.[1389] Het oordeel dat nationaal *aanvullend* recht niet langer in alle rechtsverhoudingen mag *aanvullen*, moet dan ook met de nodige verbazing worden onthaald. Overigens wordt in herinnering gebracht dat wettelijke bepalingen onweerlegbaar vermoed worden niet oneerlijk te zijn in de zin van de Richtlijn.[1390] Dit gaat ook op voor suppletief gemeen recht[1391], waardoor de communautaire normen eigenlijk niet in de weg lijken te staan aan de toepassing van die regels. Tot slot past het te randmelden dat het Hof van Justitie hier haar eigen koers lijkt te hebben gewijzigd. In eerdere rechtspraak overweegt het Hof immers dat het voortbestaan van de overeenkomst na eliminatie van de oneerlijke bedingen[1392] niet kan

[1387] Hier past een randbemerking met betrekking tot die onmiddellijke opeisbaarheid: naar Belgisch gemeen recht (art. 1244, tweede lid BW) en volgens de normen inzake het consumentenkrediet (art. VII.107 WER, tot voor kort art. 38 Wet Consumentenkrediet) kunnen aan de schuldenaar immers termijnen en uitstel van betaling worden verleend, waardoor kan worden beargumenteerd dat de nietigheid van de gehele overeenkomst niet *ipso facto* strijdt met de belangen van de consument.
[1388] Niet-wederkerige schadebedingen zijn immers oneerlijk op grond van art. VI.83, 17° WER.
[1389] Zie bv. Gent 4 januari 2012, *Juristenkrant* 2012, afl. 244, 7, weergave R. STEENNOT, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT en *TGR-TWVR* 2012, 193 en 26 oktober 2012, *Jb.Markt.* 2012, 286, noot P. CAMBIE en *TGR-TWVR* 2013, 46 en Vred. Eeklo 10 oktober 2013, *Jb.Markt.* 2013, 226, noot P. CAMBIE.
[1390] Zie *supra*, nr. 114.
[1391] Arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 26, arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 81 en arrest Kušionová, EU:C:2014:2189, punt 78 t.e.m. 79.
[1392] Zie *supra*, nr. 489.

afhangen van "de situatie van een van de partijen bij de overeenkomst", ook niet die van de consument.[1393]

9.1.3.5. EXECUTIEPROCEDURE

519. **Arrest Aziz: slechts sanctie op oneerlijk beding ná uitwinning en bij equivalent. –** Een bijzonder geval is vervolgens het arrest Aziz. In die zaak was een versnelde uitwinningsprocedure bij hypothecaire overeenkomsten aan de orde.[1394] Dat het in die versnelde procedure niet mogelijk was voor de verwerende consument om het oneerlijk karakter van bedingen uit de hypothecaire overeenkomst te doen vaststellen, werd door het Hof evenwel niet *per se* problematisch bevonden. Wat wel in strijd was met de vereiste eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel, en dus met artikel 7.1 van de Richtlijn, was dat de consument de hypothecaire uitwinning niet kon laten opschorten door enige rechter.[1395] Immers was er wel een declaratoire procedure beschikbaar, waarin de consument de aanwezigheid van een oneerlijk beding in de hypothecaire overeenkomst kon laten vaststellen, doch de oordelende rechter was onbevoegd om bij wijze van voorlopige maatregel de schorsing van de uitwinningsprocedure te bevelen.[1396] Het bestaan van een oneerlijk beding kon dus enkel *ex post* geremedieerd worden met schadeherstel bij equivalent, gezien de executieprocedure sowieso tot haar eindpunt werd gebracht.[1397]

520. **Verplichte mogelijkheid om executieprocedures op te schorten. –** Aldus vereist de Europese rechtspraak[1398] dat de consument ofwel de mogelijkheid krijgt om in de executieprocedure het oneerlijk karakter van een beding te laten vaststellen, ofwel dat het opwerpen van dat oneerlijk beding door de consument in een declaratoire procedure de rechter in staat stelt om de executieprocedure voorlopig tegen te houden.[1399] Wederom lijkt deze rechtspraak verregaande gevolgen te kunnen hebben voor het nationale procesrecht, nu het Luxemburgse Hof een *de facto* rechtsgrond schijnt te hebben gecreëerd voor alle intra-Europese rechters om na vaststelling van de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in bovengenoemd geval voorlopige maatregelen te nemen om een *andere* (uitwinnings)procedure op te schorten.[1400]

521. **Arrest Sánchez Morcillo en Abril García: ongelijke beroepsmogelijkheden in executieprocedure. –** In het arrest Sánchez Morcillo en Abril García gaat het Hof overigens nog een stap verder. Het Spaanse executierecht – dat werd gewijzigd ingevolge het arrest Aziz[1401] – voorziet namelijk dat de consument verzet kan aantekenen tegen de

[1393] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 32.
[1394] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 43.
[1395] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 63.
[1396] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 57.
[1397] Arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 60.
[1398] Het oordeel van het Hof werd overigens quasi-woordelijk herhaald in het arrest Banco Popular Español, C-537/12 en C-116/13, EU:C:2013:759, punt 60.
[1399] R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 29.
[1400] Zie ook H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*, 26.
[1401] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 29 en 39.

hypothecaire executieprocedure, onder meer op grond van de beweerde aanwezigheid van een oneerlijk beding in de hypothecaire overeenkomst.[1402] Tegen een beslissing waarbij het verzet tegen de executie wordt *afgewezen*, kan door de consument geen hoger beroep worden ingesteld.[1403] Een dergelijk rechtsmiddel staat daarentegen wel open tegen de uitvoerende schuldeiser, zo de *aanwezigheid* van een oneerlijk beding in de hypothecaire overeenkomst wordt vastgesteld.[1404] Die omstandigheid maakt volgens de Unierechter een schending[1405] uit van artikel 7.1 van de Richtlijn, samen gelezen met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten[1406].

522. ***Ratio decidendi*: doeltreffendheidsbeginsel.** De redenering achter de uitspraak is dat het Spaanse procesrecht strijdt met het doeltreffendheidsbeginsel. Ten eerste is dit het geval omdat de aanwezigheid van oneerlijke bedingen in een onderliggende overeenkomst door de executierechter überhaupt slechts marginaal zal worden getoetst.[1407] Bij notariële aken[1408] is die rechter immers niet verplicht[1409] tot zo'n controle en voorts is verzet tegen de uitvoeringsbeslissing beperkt in de tijd[1410]. Daarbij komt dat in een aparte declaratoire procedure de rechter onbevoegd is die uitvoering op te schorten.[1411] Ten tweede stelt het Hof vast dat de uitvoerende schuldeiser wel, en de consument geen rechtsmiddel kan aanwenden tegen de beslissing op verzet.[1412] Hiermee remedieert het nationale procesrecht geheel niet aan de zwakke positie van de consument-schuldenaar[1413], maar vergroot het integendeel enkel het onevenwicht tussen partijen.[1414] Aldus wordt het doel van de consumentenbescherming tegengewerkt door het nationale recht en is er sprake van procesongelijkheid.[1415] Dit is des te meer het geval nu het onderpand van de hypothecaire schuld bestond uit de gezinswoning van de consument.[1416]

523. **Kritiek: impact op nationaal procesrecht en wantrouwen in het notariaat. –** Opnieuw stelt zich de vraag naar de gevolgen van deze uitspraak voor de nationale rechtsordes. Naast een vereiste bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen, lijkt het Hof van Justitie nu evenzeer een recht tot aanwending van een rechtsmiddel te hebben gecreëerd op jurisprudentiële basis, en dit op grond van het doeltreffendheidsbeginsel in consumentenbescherming. Duidelijk is evenwel dat de

[1402] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 39.
[1403] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 17, 21, 30 en 44.
[1404] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 16, 21, 30 en 44.
[1405] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 50 en 51.
[1406] Art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C* 18 december 2000, afl. 364, 1 waarborgt een doeltreffende voorziening in rechte met betrekking tot rechten die door de communautaire orde werden toegekend.
[1407] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 43.
[1408] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 38.
[1409] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 39.
[1410] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 41.
[1411] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 42. Zie ook arrest Aziz, EU:C:2013:164, punt 55 t.e.m. 59.
[1412] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 44.
[1413] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 45.
[1414] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 46.
[1415] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 49 en 50.
[1416] Arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 38 en 50.

werkelijke *ratio* van de uitspraak te situeren valt in de wens van het Hof van Justitie om een sociaal onrecht te remediëren[1417] in tijden van zware economische crisis in Spanje.[1418] Hoewel deze grondslag uiteraard lovenswaardig voorkomt, is het maar de vraag wanneer de contouren van de in acht te nemen regels ter zake van de sancties bij oneerlijke bedingen volledig duidelijk zullen worden. Zo behoeft bijvoorbeeld punt 38 van arrest Sánchez Morcillo en Abril García de aandacht. Daarin hekelt de Unierechter namelijk dat naar Spaans recht authentieke, en dus uitvoerbare titels kunnen worden verleend per notariële akte. Dat bijgevolg een rechterlijke toetsing van de inhoud niet is vereist voor de uitvoerbaarheid, wordt door het Hof betreurd in het licht van de voormelde doeltreffendheid. Hiermee lijkt het Hof een juridische werkwijze die ook in ons land bestaat, af te keuren en geeft het o.i. blijk van een wantrouwen ten opzichte van het notariaat. Het valt af te wachten of (en te vrezen dat) deze thans marginale overweging zich ook zal vertalen in een absolute vereiste van een *gerechtelijke* uitvoerbare titel teneinde consumentenovereenkomsten gedwongen te laten uitvoeren.

9.1.3.6. LINK MET DE PREVENTIEVE-COLLECTIEVE CONTROLE

524. **Werking *erga omnes* van stakingsvorderingen. –** Tot slot wordt er gewezen op het verband tussen de collectieve (preventieve) controlemechanismen en de hier besproken curatieve controle. Met name verdient het arrest Nemzeti t. Invitel bijzondere aandacht. Daarin stelt de Unierechter immers vast dat een beding dat oneerlijk wordt verklaard in een preventieve procedure (stakingsvordering) door de rechter desnoods ambtshalve evenzeer oneerlijk moet worden beschouwd in een navolgende curatieve, individuele procedure.[1419] Daarmee kent het Hof een zekere mate van werking *erga omnes* toe aan de stakingsvordering[1420], al is het niet duidelijk of die zich ook uitstrekt tot gelijkaardige bedingen in overeenkomsten met andere professionelen[1421].

525. **Geen 'interventierecht' voor consumentenorganisaties. –** Daarentegen werd een negatief antwoord gegeven op de vraag of een consumentenorganisatie op basis van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen de mogelijkheid moet hebben om tussen te komen in een geding van een (individuele) consument tegen een professioneel.[1422] Zo'n recht volgt met name volgens het Hof niet uit de letter van de Richtlijn.[1423] Evenmin wordt een interventiemogelijkheid vereist op grond van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Immers stond niks er aan in de weg dat de consument beroep

[1417] Zie immers arrest Sánchez Morcillo en Abril García, EU:C:2014:2099, punt 38.
[1418] S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Mortgage loans and protection of housing*, 955-956; H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*, 25-26; H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*, 798-802. *Contra*: A. LAS CASAS *et al.*, *Recent trends of the ECJ*, 465.
[1419] Arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 43.
[1420] H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 159, nr. 3.27; H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*, 17-18.
[1421] H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*, 783 en 794-796. Zo'n werking *erga omnes* ten aanzien van consumenten én professionelen gaat o.i. in elk geval te ver. Zulks komt immers neer op een rechterlijke beslissing met algemene werking en is manifest strijdig met de grondwettelijke scheiding der machten.
[1422] Arrest Pohotovost', EU:C:2014:101, punt 57.
[1423] Arrest Pohotovost', EU:C:2014:101, punt 45 en 46.

deed op rechtsbijstand en is de rechter sowieso verplicht ambtshalve oneerlijke bedingen te ontmaskeren.[1424] Ter zijde merkt de Unierechter tot slot op dat de consumentenorganisatie desgevallend de consument rechtstreeks had kunnen vertegenwoordigen in het geding.[1425] *In casu* betrof het geding een procedure tot uitvoering van een arbitrale uitspraak[1426], doch gezien de ruime bewoordingen van het arrest komt het voor dat eenzelfde redenering ook in andere procedures kan worden doorgetrokken. Er is kortom geen interventierecht voor consumentenorganisaties in individuele procedures inzake oneerlijke bedingen.

9.1.3.7. WHAT'S NEXT?

526. ***Quo vadis, Curia*? –** Het is duidelijk dat het Hof van Justitie er niet voor terugdeinst om *in extenso* te bepalen aan welke voorwaarden de sanctie voor oneerlijke bedingen moet voldoen, eer zij compatibel is met de Richtlijn. Het is dan ook zeer te verwachten dat de Unierechter in de nabije toekomst op andere, nog onbeantwoorde vragen uitspraak zal doen.[1427] Terecht stellen gezaghebbende auteurs zich dan ook de vraag of het Hof haar bevoegdheid (of zelfs: rechtsmacht) niet te ruim invult door zich te wagen aan politieke keuzes om zo het privaatrecht een richting uit te sturen die de supranationale politieke organen niet kunnen – of zelfs: willen (!) – bereiken[1428], alsook of de Unierechter wel voldoende 'aangepast' is om uitspraak te doen over privaatrechtelijke materies[1429]. Illustratief past het overigens te wijzen op een wel erg verregaande invulling van het communautaire hof van haar bevoegdheden. In een arrest van 23 april 2015 'adviseerde' de Unierechter met name *de facto* het verwijzende rechtscollege om het oneerlijk karakter van een beding als het ware 'misschien eens vanuit de transparantievereiste te benaderen'[1430] en zo terug te komen op een eerder genomen beslissing[1431]. Daarmee antwoordde het Hof o.i. op een prejudiciële vraag die nooit werd gesteld.[1432]

527. **Criteria volgens de Commissie en M. TENREIRO. –** Reeds *supra* werden de door de Commissie voorgehouden criteria met betrekking tot de sanctie aangehaald.[1433] Met name stelde de Commissie dat de sanctie bij oneerlijke bedingen (1) retroactieve werking moet hebben, (2) ambtshalve door de rechter op te werpen moet zijn en (3) ook buitengerechtelijk moet kunnen doorwerken.[1434] M. TENREIRO, auteur die nauw betrokken was bij de totstandkoming van de Richtlijn, voegt daar nog twee voorwaarden aan toe: de

[1424] Arrest Pohotovost', EU:C:2014:101, punt 50, 53 en 56.
[1425] Arrest Pohotovost', EU:C:2014:101, punt 55.
[1426] Arrest Pohotovost', EU:C:2014:101, punt 36, 42 en 57.
[1427] Vgl. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*, 155, nr. 315; V. RIZZO, *Profili storici*, 51.
[1428] H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*, 806, die zich afvragen "*how far can a European court go in pushing the Member States into a direction they do not want to go?*"
[1429] J. BASEDOW, *Court of Justice and Private Law*, 469-472.
[1430] Arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 42 t.e.m. 49.
[1431] Zie m.n. arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 22, waarin uitdrukkelijk staat te lezen dat de nationale rechter zich reeds positief uitsprak over de transparantie van het kwestieuze beding.
[1432] Zie met name arrest Van Hove, EU:C:2015:262, punt 25 *versus* punt 51.
[1433] Zie *supra*, nr. 396.
[1434] Dezelfde criteria worden herhaald in COM(2000)248 def., 19.

sanctie moet met name (4) vanaf de totstandkoming van de overeenkomst in te roepen zijn, en (5) afstand van rechten door de consument dient onmogelijk te zijn.[1435]

528. **Door het Hof beslechte criteria. –** Vooralsnog werden door het Hof de vereiste van ambtshalve opwerpbaarheid (2)[1436] en de mogelijkheid voor de consument om afstand van rechten te doen (5)[1437] geduid. Over de andere kwesties lijkt het Hof vooralsnog niet de gelegenheid te hebben gehad om uitspraak te doen.

529. **Onbeantwoorde vragen. –** Wat betreft thans (nog) open vragen, kan er onder meer worden gewezen op de kwestie van de buitengerechtelijke uitvoerbare akten, reeds aangehaald *supra*, in randnummer 523. Een ander onbeantwoord vraagstuk betreft de grenzen van de vereiste ambtshalve opwerping met betrekking tot de procedure: valt met name te verwachten dat het Hof nog andere beperkingen dan die in het arrest Baczó en Vizsnyiczai zal poneren? Wat ook nog niet van een duidelijk antwoord werd voorzien, is de aan- of afwezigheid van de mogelijkheid om een beding op te delen in een oneerlijk en een geldig deel, waarbij het geldige deel blijft voortbestaan, *i.e.* de partiële nietigheid *van een beding*.[1438] Staat met name het voornoemde correctieverbod en de beperking in de toepassing van suppletief recht aan zo'n sanctie in de weg? Voorts werd reeds de aandacht gevestigd op de vraagstukken van de verenigbaarheid van de (te verregaande?) partiële nietigheid met de doelstellingen van de curatieve sanctie, alsook van de resterende rol van nationaal suppletief recht.

530. **Ambtshalve onderzoek *versus* bewijslast hoedanigheid van consument. –** Nog een vraag die o.i. duiding behoeft, betreft de verenigbaarheid van het vereiste ambtshalve onderzoek naar oneerlijke bedingen en het beginsel dat het aan de beweerde consument toekomt zijn hoedanigheid te bewijzen. Hierop werd hiervoor reeds ingegaan.[1439]

531. **Verjaring? –** Een ander discussiepunt betreft dan weer de eventuele verjaring van de privaatrechtelijke sanctie bij oneerlijke bedingen. Is het met name toegestaan aan de lidstaten om, binnen een bepaalde marge, het eigen verjaringsstelsel te hanteren, of moet een vordering tegen oneerlijke bedingen onverjaarbaar worden geacht, zoals geopperd door Advocaat-Generaal TIZZANO?[1440]

532. **Retroactiviteit en inroepbaarheid vanaf contractsluiting. –** De retroactieve werking en de inroepbaarheid vanaf het sluiten van de overeenkomst lijken alvast *prima facie* geen problemen te mogen opleveren in de Italiaanse en Belgische rechtsorde. De sancties gekozen door beide wetgevers voldoen immers aan die voorwaarden.

[1435] M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*, 282.
[1436] Zie *supra*, nr. 455 t.e.m. 461.
[1437] Zie *supra*, nr. 462 t.e.m. 474.
[1438] *Cf.* H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*, 302-303; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 394-395.
[1439] Zie *supra*, nr. 270.
[1440] Conclusie Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:239, punt 55 t.e.m. 63. Zie H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 160-161, nr. 3.28.

533. **Buitengerechtelijke aard? –** Problematischer zou het voor de Belgische rechtsorde evenwel zijn, indien het Hof van Justitie de buitengerechtelijke inroepbaarheid van de sanctie bevestigt. Ons recht is immers onbekend met zo'n remedie.[1441] Een nieuwe soort privaatrechtelijke sanctie zou dus moeten worden gecreëerd. Het lijkt overigens niet onwaarschijnlijk dat het Hof een interpretatie in het voordeel van zo'n buitengerechtelijke inroepbaarheid zal genegen zijn. In het arrest Pannon GSM zette de communautaire rechter o.i. namelijk al een stap in die richting, door onder meer te overwegen dat artikel 6 van de Richtlijn

> " *in geen geval aldus kan worden uitgelegd dat uitsluitend wanneer de consument een uitdrukkelijk verzoek dienaangaande heeft ingediend een oneerlijk contractueel beding hem niet bindt* „[1442], alsook
>
> " *dat een oneerlijk contractueel beding de consument niet bindt en dat het daarvoor niet nodig is dat de consument een dergelijk beding tevoren met succes heeft betwist.* „[1443]

534. **'Geen gevolgen'? –** Om het probleem van de onmogelijkheid van buitengerechtelijke inroeping van de nietigheid in de Belgische rechtsorde te ondervangen, stelt R. STEENNOT voor dat de nietigheidssanctie uit artikel VI.84 van het Wetboek Economisch Recht wordt vervangen door de bepaling dat oneerlijke bedingen *geen gevolgen* kunnen ressorteren.[1444]

535. **Onwenselijkheid van een sanctie zonder afgelijnd regime: Italiaanse ervaring als leerschool. –** Die stelling *de lege ferenda* kan evenwel niet worden bijgetreden. Vooreerst oordeelde het Hof van Justitie zelf reeds op meerdere aangelegenheden dat de nietigheid voldoet aan de vereisten uit artikel 6.1 van de Richtlijn.[1445] De geschiedenis van de sanctie in de Italiaanse rechtsorde leert voorts dat de *inefficacia* (*inefficacité*, *zonder gevolgen zijn*) helemaal niet zaligmakend is.[1446] Immers, ons Belgisch recht is onbekend met een dergelijke sanctie. De notie *inefficacité* slaat, zoals in Italië, louter op het aspect van de gevolgen van een rechtshandeling, maar is geen op zichzelf staande sanctie. Er is met andere woorden geen theoretische, noch formele onderbouw, wat rechtsonzekerheid tot gevolg heeft.[1447] Het typevoorbeeld is de kwestie van de verjaring van zo'n nieuwe 'sanctie'. Bij gebreke aan een goed uitgebouwde normenset in wet of rechtspraak, dient de invoering van een geheel nieuwe sanctienotie in het nationale recht dan ook ten zeerste te worden vermeden. Zo niet ontstaat immers het risico dat rechtspraak en -leer het nieuwe

---

[1441] *Cf.* P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 424-425, nr. 538-539; I. DEMUYNCK, *Thesis*, 702-746; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 17; S. STIJNS, *Nietig?*, 927; E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*, 584-585, nr. 989; E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*, 193-194, nr. 70. *Contra*: C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*, 53, nr. 27. Laatstgenoemde auteur meent dat zo'n buitengerechtelijke werking niet uitgesloten is in het licht van de huidige, voorziene (nietigheids)sanctie.

[1442] Arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 24.

[1443] Arrest Pannon GSM, EU:C:2009:350, punt 28.

[1444] R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 17.

[1445] Arrest Nemzeti t. Invitel, EU:C:2012:242, punt 39 en 40 en arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 43.

[1446] Zie *supra*, nr. 438 t.e.m. 444.

[1447] Vgl. V. RIZZO, *Profili storici*, 49-50.

begrip toch terug zullen interpreteren via gekende, nationaalrechtelijke figuren, zoals in Italië gebeurde.

536. **Onwenselijkheid van een sanctie zonder afgelijnd regime: communautaire rechtspraak. –** Ook de recentste rechtspraak van het Hof van Justitie pleit tegen de incorporatie van een dergelijke sanctie in ons recht. Bepalen dat een beding 'geen gevolgen' heeft, zegt immers niks over wat er verder met de overeenkomst moet gebeuren. Meer in het bijzonder wordt door die formule geen duiding gegeven aan het lot van het nationaal suppletief recht na de sanctionering.

537. ***Ergo*: behoud van de nietigheidssanctie *de lege ferenda* wenselijk. –** Bijgevolg komt het voor dat onze wetgever er best aan doet de nietigheidssanctie te behouden, zolang er geen Europees normgevend instrument bestaat waarop consumenten zich rechtstreeks kunnen beroepen.[1448] Het inplanten van een vreemde notie in een Belgische wet zal weliswaar tot gevolg hebben dat er makkelijker te verantwoorden valt dat die notie aan de hand van communautaire rechtspraak wordt uitgelegd, doch de Belgische leer over private sancties zal erdoor onnodig worden gecompliceerd.

9.1.4. BESPREKING

538. **Individuele sanctie met collectieve dimensie. –** Bij aanvang van de bespreking van de sancties, werd gesteld dat de curatieve controlemechanismes zich laten kenmerken door een individuele dimensie[1449], in tegenstelling tot de preventieve controle.[1450] Evenwel komt het voor dat die visie enigszins moet worden genuanceerd. Waar het uiteraard onbetwist is dat de curatieve sanctie – in België en Italië: de nietigheid – slechts in een geding met betrekking tot een concrete overeenkomst kan worden opgeworpen, mag o.i. toch niet worden voorbijgegaan aan een soort *collectieve dimensie* die door de Europese rechtspraak aan de privaatrechtelijke sanctie wordt toegemeten.

9.1.4.1. EEN NIEUWE, EUROPESE SANCTIE?

539. **Functionele nietigheidssanctie. –** Waar juridisch gezien de gevolgen van de privaatrechtelijke sanctie inderdaad enkel *inter partes* doorwerken, lijkt het erop dat het Hof van Justitie de bedoeling heeft om af te stappen van de gemeenrechtelijke idee dat de nietigheid (enkel) een remedie is die tegemoetkomt aan concrete gevallen.[1451] Door de klemtoon te leggen op het feit dat de privaatrechtelijke sanctie, in bijkomende orde, eveneens een *ontradend effect* moet hebben, staat het Hof kennelijk een soort nieuwe, *functionele* nietigheidssanctie voor.[1452]

[1448] Zie hierover *infra*, nr. 542.
[1449] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 399, nr. 502.
[1450] Zie *supra*, nr. 379 t.e.m. 380.
[1451] E. PIRO, *Tutela*, 69 spreekt over de gemene nietigheid als een "*rimedio di fattispecie*".
[1452] E. PIRO, *Tutela*, 69.

540. **Preventief aspect. –** Het functionele aspect van de privaatrechtelijke sanctie bestaat er met name blijkbaar in, om ook buiten het concrete geschil het vigeren van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten tegen te gaan, en zo een collectief consumentenbelang na te streven. Dit belang zou dan verder de werking van de markt ten goede komen.[1453] In die zin heeft de curatieve sanctie *idealiter* dus ook een preventief effect. Dat het Hof de toebedeling van zo'n functioneel aspect genegen is, blijkt uit de veelvuldige herhaling van het belang van de afschrikkende werking[1454] en van de doelstelling het evenwicht tussen de contractanten te herstellen[1455], alsook uit de wetenschap dat het Hof de regels uit het leerstuk der oneerlijke bedingen als *gelijkwaardig aan nationale regels van openbaar belang*[1456] kwalificeert. Enigszins vreemd in die optiek is anderzijds wel het bestaan van de regel van de meest gunstige interpretatie voor de *concrete* consument-medecontractant in plaats van voor 'de' consument *in abstracto*.[1457] Zo immers die laatste figuur als uitgangspunt zou worden genomen om een ambigu beding te interpreteren, zal de rechter veel vaker tot oneerlijkheid kunnen besluiten, een beding verwijderen en zo in hogere mate een afschrikkend effect nastreven. Het komt dus voor dat het interpretatiebeginsel een uitzondering vormt op het principieel *functionele* aspect van de curatieve sanctie.

541. **Sanctie *inter partes* én *erga omnes*? –** Samengevat lijkt het Hof dus te willen bewegen in de richting van een sanctie die niet enkel de concrete consument ten goede komt door *inter partes* de oneerlijke bedingen uit de overeenkomst te schrappen, maar die eveneens een soort maatschappelijk effect *erga omnes* heeft.[1458] Dit maatschappelijk effect bestaat er met name in het gebruik van oneerlijke bedingen door professionelen op lange termijn[1459] te ontraden, om zo een welomschreven subcategorie van het algemeen belang[1460] na te streven, te weten: het belang van de consument.[1461]

542. **Nieuwe sanctieleer? –** Aldus lijkt het Hof van Justitie de weg te zijn ingeslagen naar een eigen, nieuwe soort nietigheidsleer. Vooralsnog lijken de Belgische en Italiaanse rechtsorde zich soepel op te stellen en de aanwijzingen van de Europese rechter op dit punt minutieus te volgen. Zowel in België als in Italië heeft de rechtsleer zich gebogen over hoe de eigenschappen van de private sanctie die door het Hof werden opgelegd, best in te passen vallen in de welbekende verbintenissenrechtelijke classificatie eigen aan de

[1453] L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11. Vgl. P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*, 61.
[1454] Bv. arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, punt 27, beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 41, arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 69 en arrest Kásler, EU:C:2014:282, punt 83.
[1455] Arrest Pereničová, EU:C:2012:144, punt 31 en Arrest Jőrös, EU:C:2013:340, punt 46.
[1456] Arrest Asturcom, EU:C:2009:615, punt 52 en beschikking Pohotovost, EU:C:2010:685, punt 50. Zie voor een kritische noot bij die gelijkschakeling met regels van openbaar belang, C. PAVILLON, *Third Intervention in Domestic Procedural Law*.
[1457] Zie *supra*, nr. 326 t.e.m. 327.
[1458] Vgl. de discussie over de werking *erga omnes* van toegekende collectieve vorderingen waarbij bepaalde bedingen oneerlijk worden verklaard, sinds arrest Nemzeti t. Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242. Zie o.a. H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014, 154-155, nr. 3.22b.; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 32-34.
[1459] *Cf.* arrest Unicaja Banco en Caixabank, EU:C:2015:21, punt 31.
[1460] Vgl. Cass. (IT) 12 december 2014, n. 26242, punt 3.11. Zie ook COM(2000)248 def., 13.
[1461] *Cf.* L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto*, nr. 11; E. PIRO, *Tutela*, 69.

respectievelijke rechtsordes. Die classificaties zijn evenwel op andere aannames en principes gesteund dan deze die aan de basis liggen van het Europese consumentencontentieux.[1462] Hierdoor valt niet uit te sluiten dat de figuren uit onze eigen rechtsorde *in se* ongeschikt zijn om door de Europese normgever nagestreefde doelstellingen te bereiken. Misschien is het aldus wenselijker om die traditionele nationaalrechtelijke indelingen te verlaten[1463] met betrekking tot die materies, en zich eerder te concentreren op een *Europese* sanctie (de 'schrapping'?).[1464]

9.1.4.2. WENSELIJKHEID VAN EEN COMMUNAUTAIRE REGELING VAN PRIVAATRECHTELIJKE SANCTIES

543. **Het alternatief: lessen uit andere richtlijnen. –** Over de wenselijkheid van een communautaire regeling van de privaatrechtelijke sancties bij overeenkomsten kan voorts gediscussieerd worden. Bij dat debat moet evenwel ook rekening worden gehouden met het alternatief. Een blik kan bijvoorbeeld worden geworpen op consumentenbeschermende richtlijnen die niet uitdrukkelijk bepalen dat de lidstaten moeten voorzien in een *bepaalde* privaatrechtelijke sanctie, maar wel bijvoorbeeld refereren naar *alle nodige maatregelen* voor het toepassen van *doeltreffende, evenredige en afschrikkende* sancties. De (algemene[1465] en bijzondere[1466]) informatieplichten uit de Richtlijn Consumentenrechten[1467], alsook de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken[1468] zijn daar voorbeelden van. Wat betreft ons eigen land, werden deze richtlijnen thans opgenomen in het Wetboek van Economisch Recht.[1469] Een zwak punt aan de uitgebreide omzettingsbepalingen lijken evenwel net de sancties.

544. **Theoretische en illusoire bescherming? –** Bij het omzetten in nationaal recht van de voornoemde bepalingen, heeft de Belgische wetgever met name nagelaten om in een sanctie te voorzien[1470], tenzij wanneer de richtlijn daarin uitdrukkelijk voorzag[1471]. Teruggrijpen naar een – vaak nogal gekunstelde – redenering naar gemeen recht lijkt dan de enige oplossing, niet zelden met weinig effectieve sancties en rechtsonzekerheid tot gevolg.[1472] Dit bewijst o.i. dat, wanneer richtlijnen de nationale wetgever niet verplichten om welbepaalde sanctiemechanismen te voorzien, er een reëel gevaar is dat die nationale

[1462] E. PIRO, *Tutela*, 51 en 57.
[1463] Vgl. F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*, 53, nr. 140; V. RIZZO, *Profili storici*, 49; J. SMITS, *Plurality of sources*, 331-332; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*, 153, nr. 21.
[1464] E. PIRO, *Tutela*, 111.
[1465] Art. 5 Richtlijn Consumentenrechten.
[1466] Art. 6 Richtlijn Consumentenrechten.
[1467] Zie m.n. art. 23 en 24 Richtlijn Consumentenrechten.
[1468] Zie m.n. art. 11 en 13 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.
[1469] De algemene en bijzondere informatieplichten zijn m.n. opgenomen in art. VI.2 resp. VI.45, VI.46 en VI.64 WER. De oneerlijke handelspraktijken zijn te vinden in art. VI.92 t.e.m. VI.103 WER.
[1470] R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 36-37, nr. 62.
[1471] Het typevoorbeeld is hier art. 27 Richtlijn Consumentenrechten, omgezet in art. VI.38, derde lid WER. Het betreft de sanctie die er in bestaat dat de consument ongevraagd geleverde goederen of diensten kosteloos mag behouden.
[1472] *Cf.* R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*, 36-37, nr. 62.

normgever geen (effectieve) sancties *zal* voorzien.[1473] Bijgevolg wordt de communautaire bescherming *theoretisch en illusoir*, zonder dat dit rechtstreeks vanuit Europeesrechtelijke hoek aan de kaak kan worden gesteld.[1474]

545. **Papieren tijger. –** Ongeacht of men het bestaan van een communautair (consumenten)overeenkomstenrecht nu voorstaat of niet, het vigeren van consumentenbescherming die niet kan worden afgedwongen, is iets wat ten zeerste moet worden vermeden. Hoe valt het immers uit te leggen aan *de* consument dat hij wel titularis is van bepaalde rechten, maar dat de (ellenlange) normgeving waarin die rechten geïncorporeerd zijn, slechts een papieren tijger is?

546. **Heterogeniteit en fragmentatie. –** Tot slot moet er worden gewezen op de gevolgen van het niet-communautariseren van de private sancties in het consumentencontentieux. Terecht merkt E. PIRO hieromtrent op dat

> **"** *quello dell'invalidità del contratto sembra uno dei settori in cui la tendenza all'eterogeneità e alla frammentazione si fa sempre più avvertita, soprattutto in considerazione della ormai massiccia produzione legislativa comunitaria*. **„**[1475]

547. ***Ubi es*, Europese normgever? –** Een meer coherente[1476], alomvattende benadering van het consumentenrecht door de Europese normgever is dus op zijn plaats.[1477] Het valt dan ook bijzonder te betreuren dat de grote hervormingen die de Richtlijn Consumentenrechten moest opleveren, uitgebleven zijn.[1478] Daarbij verdient het evenwel opmerking dat zelfs in het (nochtans ambitieuze) initiële voorstel van die richtlijn[1479] de Europese normgever als toepasselijke sanctie het "niet binden" had bepaald[1480], en het opportuun achtte de lidstaten zelf de meest geschikte private sanctietechniek te laten kiezen[1481], zoals ook het geval was bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.[1482]

[1473] Vgl. K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 201, die het heeft over het "*Gefahr der inhaltlich fehlerhafte Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch die Mitgliedstaaten*".

[1474] Immers: de specifieke sanctie behoort niet tot het geharmoniseerde gebied.

[1475] "*de normen inzake de ongeldigheid van de overeenkomst lijkt één van de sectoren waarin de neiging tot heterogeniteit en tot fragmentatie in toenemende mate wordt gevoeld, voornamelijk gezien de thans omvangrijke productie van communautaire wetgeving*." E. PIRO, *Tutela*, 51.

[1476] Vgl. S. WEATHERILL, *Consumer Rights Directive*, vnl. 1315-1316.

[1477] N. GAVRILOVIC, *Interpretation or Something More?*, 180 *Contra* (kennelijk): N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Unfair Terms in DCFR*, 63. De auteurs menen dat in het leerstuk van de oneerlijke bedingen geen plaats is voor eenheid, doch slechts voor diversiteit tussen de regimes van de verschillende lidstaten. Maximumharmoniatie is volgens hen dan ook niet op zijn plaats.

[1478] Zie *supra*, nr. 079.

[1479] COM(2008)614 def.

[1480] Zie m.n. art. 37 en considerans 54.

[1481] Op het vlak van de curatieve controle koos de communautaire wetgever dus voor minimumharmonisatie, in tegenstelling tot de volstrekte harmonisatie die wordt nagestreefd door de meeste andere bepalingen.

[1482] H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*, 91-92.

9.2. PREVENTIEVE CONTROLE

548. **Opzet. –** Na de uitgebreide behandeling van de curatieve controle waarvan de Richtlijn implementatie eist, wordt hierna een korte samenvatting gegeven van de vaststellingen met betrekking tot de preventieve controle.[1483]

549. **De Richtlijn. –** Met betrekking tot die preventieve controlemogelijkheid, leest de Richtlijn Oneerlijke Bedingen als volgt:

> **"** *De* (…) *bedoelde* [*doeltreffende en geschikte*] *middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen.* **„**[1484]

550. **Stakingsvordering en 'azione inibitoria'. –** In België werd die controlemogelijkheid omgezet in de *vordering tot staking*, thans geregeld in boek XVII van het Wetboek Economisch Recht[1485]. Ook het Italiaanse recht kent een dergelijke *azione inibitoria* (verbodsvordering)[1486]. Deze specifieke procedures strekken tot preventieve en collectieve actie tegen het gebruik van oneerlijke bedingen en zijn niet te verwarren met de *collectieve vorderingen* ofte *class actions*[1487]. Beide lidstaten kozen er aldus voor de gewone rechtscolleges[1488] bevoegd te maken voor de preventieve controle.[1489]

551. **Initiatiefrecht. –** Het initiatief van de Belgische stakingsvordering komt in beginsel toe aan *de belanghebbenden*, de bevoegde minister of directeur-generaal, de *beroepsregulerende* overheden, beroeps- of interprofessionele verenigingen met

[1483] Voor een bespreking vanuit Europeesrechtelijk standpunt, zie J. CALAIS-AULOY, *Workshop 5 – Clearing of the Market*, 190-191, 192-193 en 196-198; H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 411-414; R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 9-11. Over de Belgische vordering, zie o.a. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 434-443, nr. 550-565; R. STEENNOT *et al.*, *Wet Marktpraktijken*, 211-216, nr. 365-376. De Italiaanse preventieve controle wordt onder meer besproken in A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 102-103, nr. 5; E. MINERVINI, "Azione inibitoria e contratti dei consumatori" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 113-124; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 111-144; E. PIRO, *Tutela*, 26-36.

[1484] Art. 7.2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

[1485] Art. XVII.1 t.e.m. XVII.13 WER.

[1486] Art. 37 cod.cons.

[1487] Zie m.n. art. XVII.35 t.e.m. XVII.69 WER en art. 140*bis* cod.cons. Besprekingen zijn te vinden in S. VOET, "Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit", *DCCR* 2014, 5-22 resp. A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 275-290, nr. 1-6 en (*in extenso*) E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 163-180.

[1488] Zie, met betrekking tot Italië, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 117.

[1489] COM(2000)248 def., 21. In andere lidstaten, zoals het V.K. en bepaalde Scandinavische landen, werd integendeel gekozen voor een apart rechtscollege voor dergelijke vorderingen.

rechtspersoonlijkheid, erkende consumentenverenigingen en in sommige gevallen ook ziekenfondsen en hun landsbonden.[1490] In Italië werd een vorderingsrecht toegekend aan geregistreerde consumentenorganisaties[1491], ondernemersorganisaties en aan de *Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura* (*Handels-, Industrie-, Ambachts- en Landbouwkamers*).[1492] Die laatste *Camere* zijn lokale openbare instellingen met (verregaande) functionele autonomie, die ondernemersbelangen behartigen.[1493] Zij zijn territoriaal ingedeeld per provincie en hebben ruime bevoegdheden inzake oneerlijke bedingen[1494], waaronder het verstrekken van adviezen.[1495]

552. **Snelheid van de procedure. –** Voorts vermeldenswaardig is dat de Belgische stakingsvordering steeds wordt behandeld *zoals in kortgeding*[1496], daar waar in Italië het geding in beginsel volgens gemeen procesrecht verloopt. Wie evenwel urgentie kan bewijzen, kan de spoedprocedure instellen. Enige betwisting is evenwel onder meer[1497] ontstaan over de vraag of de grote verspreidingsgraad van de overeenkomsten voldoende is om van spoedeisendheid te gewagen.[1498] Er is voor beide strekkingen rechtspraak te vinden.[1499]

553. **Voorwerp: ook aanraden van oneerlijke bedingen. –** Het Italiaanse recht werd verder overigens aangepast wat betreft het voorwerp van de vordering. Vroeger was namelijk niet voorzien dat ook professionelen of beroepsverenigingen die het gebruik van oneerlijke bedingen *aanraadden*, konden worden gedaagd.[1500] Na een veroordeling door

[1490] Art. XVII.7 WER.
[1491] Enkel die organisaties die zowel tot exclusief statutair doel hebben consumentenbelangen na te streven, als erkend zijn op nationaal niveau, komen evenwel in aanmerking. Art. 137 cod.cons. Zie ook A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo*, nr. 2.
[1492] Art. 37, §1 cod.cons.
[1493] De rechtsgrond voor die instellingen is te vinden in art. 37 en 38 decreto legislativo (IT) 31 maart 1998, n. 112 'conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59', *GU* 21 april 1998, n. 92, *Suppl. Ordinario* n. 77, alsook in art. 2, tweede lid, h) en l) legge (IT) 29 december 1993, n. 580 'riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura', *GU* 11 januari 1994, n. 7, zoals gewijzigd per decreto legislativo (IT) 15 februari 2010, n. 23 'riforma dell'ordinamento relativo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009, n. 99', *GU* 25 februari 2010, n. 46. Vele van die *Camere* hebben ook commissies die een eigen beleid uitstippelen m.b.t. oneerlijke bedingen, m.i.v. bedingen opgenomen in zgn. *B2B*-overeenkomsten. Zie, *in extenso*, E. BATTELLI, *Camere di commercio*.
[1494] E. BATTELLI, *Camere di commercio*, 134-135. Zo redigeren en promoten zij o.m. typeovereenkomsten.
[1495] Zie bv. de adviezen van de Camera van Verona: http://www.vr.camcom.it/page.jsp?show=view&tipo_content=GENERICO&id_content=8077.
[1496] Art. XVII.6, eerste lid WER.
[1497] Voor een overzicht van de discussiepunten met betrekking tot de urgentieprocedure, wordt verwezen naar E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 127-132.
[1498] Ook de Europese Commissie stelde zich vragen bij het bestaan van twee soorten procedures, doch besloot Italië toch niet voor het Hof van Justitie te dagen (COM(2000)248 def., 8).
[1499] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 103, nr. 5; M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*, 61.
[1500] Nochtans werd de wet wel richtlijnconform geïnterpreteerd. Zie m.n. Tribunale (IT) Turijn 7 juli 1999.

het Hof van Justitie[1501] leest de wet thans dat de stakingsvordering kan worden ingesteld tegen genoemden die oneerlijke bedingen gebruiken "*o che raccomandano l'utilizzo*".[1502]

554. **Bevoegde rechtscolleges. –** Tot slot wordt meegegeven dat in Italië de *Tribunali* materieel bevoegd zijn in eerste aanleg.[1503] In België zijn ook onder het nieuwe Wetboek Economisch Recht nog steeds twee verschillende rechterlijke instanties potentieel bevoegd. Het betreft de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg dan wel die van de rechtbank van koophandel, naargelang het beweerde oneerlijk beding kadert in een overeenkomst inzake door vrijeberoepers geleverde "kenmerkende prestaties", dan wel in een andere overeenkomst gesloten tussen een consument en een professioneel. Hierop werd *supra* reeds ingegaan.[1504]

9.3. ADMINISTRATIEVE HANDHAVING[1505]

555. **België. –** Voorts zijn lidstaten op grond van de Richtlijn niet verplicht om een administratief handhavingssysteem te installeren.[1506] Niettemin gebeurde dit zowel in België als in Italië. Naast het bestaan van wettelijke bevoegdheden voor welbepaalde ambtenaren[1507] kent ons recht immers de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen[1508], een administratief adviesorgaan[1509] geïnspireerd op haar Franse evenknie[1510]. Het verleent niet-bindende adviezen[1511] inzake oneerlijke bedingen en heeft een juridisch-technisch karakter[1512].

556. **Italië: sinds 2012. –** Italië kent geen dergelijke aparte commissie. Integendeel werd in 2012 besloten[1513] om de bevoegdheid van "preventieve en algemene administratieve bescherming"[1514] van consumenten tegen oneerlijke bedingen toe te kennen aan de

[1501] Arrest Commissie t. Italië, EU:C:2002:42.
[1502] "*of die het gebruik aanraden*". Art. 37, eerste lid, tweede halfzin cod.cons.
[1503] Art. 9 en 669*ter* Codice di procedura civile en art. 140, eerste en elfde lid cod.cons. Zie E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 117-118.
[1504] Zie *supra*, nr. 171 t.e.m. 173.
[1505] Voor een uitgebreidere bespreking, zie H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*, 405-410.
[1506] R. STEENNOT, *Enforcement*, nr. 12. *Cf.* COM(2000)248 def., 21.
[1507] Thans opgenomen in Boek XV WER. Zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 419-421, nr. 530-535.
[1508] Art. VI.86 t.e.m. VI.87 WER en KB (BE) 26 november 1993 houdende oprichting van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, *BS* 8 januari 1994.
[1509] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 411-412, nr. 519.
[1510] P. NEBBIA, *Study*, 27.
[1511] P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 418, nr. 529.
[1512] Over de samenstelling, zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 412-415, nr. 521-524.
[1513] Art. 37*bis* cod.cons., zoals ingevoegd door art. 5 decreto-legge (IT) 24 januari 2012, n. 1 'disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività', *GU* 24 januari 2012, n. 19, *Suppl. Ordinario* n. 18.
[1514] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6. Zie over de administratieve controle in Italië, *in extenso*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 145-162.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.[1515] Voorheen bestond daar geen (gecentraliseerde[1516]) vorm van administratieve controle.[1517]

557. ***Antitrust.* –** Die *Autorità*, gemeenzaam bekend als de *Antitrust*, is het autonome overheidsorgaan[1518] dat naast consumentenbescherming ook onder meer controle op de marktwerking en de concurrentie tot zijn bevoegdheden sluit.[1519] Inzake marktpraktijken heeft het onder meer een adviserende functie[1520], alsook de bevoegdheid om het bestaan van oneerlijke handelspraktijken vast te stellen. Het onderzoekt – desnoods ambtshalve[1521] – vigerende bedingen en acteert de oneerlijke aard ervan.[1522] Algemene voorwaarden die zij *vessatorie* bevinden, worden op digitale en 'passende' wijze bekendgemaakt.[1523] Voorts hebben zij een administratieve sanctiebevoegdheid en kan er tegen alle beslissingen verhaal worden ingesteld bij de administratieve rechtscolleges.[1524]

558. **Afscheiding van de gerechtelijke controle. –** Deze administratieve controle is evenwel volledig afgescheiden van de voornoemde gerechtelijke controles. De vaststelling van het bestaan van oneerlijke bedingen leidt immers niet tot een stakingsbevel, noch tot de nietigheid van die bedingen.[1525] De burgerlijke rechter is ook geenszins gebonden door het administratieve oordeel.[1526] Er is dus enkel sprake van een zeker *ontradend effect* ten opzichte van de professioneel[1527], hetgeen in lijn moet worden geacht met de communautaire rechtspraak.[1528]

559. **Preventieve vraag tot vaststelling van niet-oneerlijke aard van bedingen. –** Tot slot wordt er gewezen op de mogelijkheid om bij de *Antitrust* preventief te vragen om het niet-oneerlijk karakter van een beding vast te stellen.[1529] Op zo'n aanvraag dient de Autoriteit dan binnen een wettelijk bepaalde termijn te antwoorden. Het aldus gevelde

[1515] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1516] Wat wel reeds bestond, was een soort *quasi*-administratieve controle op oneerlijke bedingen (ook *B2B*) van de *Camere di commercio* (zie *supra*, nr. 551 en vn. 1493). Die controle bestaat nog steeds maar berust – in tegenstelling tot de controle door de *Autorità* – niet op de bindende kracht van overheidsbeslissingen, maar integendeel op het grote (natuurlijke) *gezag* dat uitgaat van de *Camere*, die worden beschouwd als vertegenwoordigers van economische actoren (E. BATTELLI, *Camere di commercio*, 149).
[1517] G. ALPA, *La partie faible en droit italien*, 585, nr. 6; P. NEBBIA, *Study*, 33; V. RIZZO, *Profili storici*, 47-48.
[1518] De rechtsbasis van dit orgaan is te vinden in art. 10 e.v. legge (IT) 10 oktober 1990, n. 287 'norme per la tutela della concorrenza e del mercato', *GU* 13 oktober 1990, n. 240.
[1519] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1520] Art. 22 legge (IT) 10 oktober 1990, n. 287 'norme per la tutela della concorrenza e del mercato', *GU* 13 oktober 1990, n. 240.
[1521] V. RIZZO, *Profili storici*, 52.
[1522] V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1523] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1524] Art. 37*bis*, vierde lid cod.cons.
[1525] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6; V. ROPPO, *Imprese e consumatori*, nr. 6.
[1526] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6.
[1527] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6; V. RIZZO, *Profili storici*, 53.
[1528] Zie *supra*, nr. 498.
[1529] Art. 37*bis*, derde lid cod.cons. Zie hierover, *in extenso*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 149-153.

oordeel bindt de instelling van wie het uitging, maar laat de rechten van consumenten uiteraard onverlet.[1530]

[1530] A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, 104, nr. 6.

BESLUIT

560. **Geschiedenis. –** De Richtlijn Oneerlijke Bedingen heeft de interne privaatrechtelijke ordes van de verschillende Europese lidstaten niet onbewogen gelaten, zoveel is zeker. Nochtans werd vastgesteld dat de bescherming van een 'zwakkere' partij in contractverhoudingen geen thema zonder voorgeschiedenis was. De *precommunautaire* bescherming vond haar grondslag essentieel in twee theorieën, die gestalte gaven aan het 'Franse' en het 'Duitse' beschermingsmodel. Ook België kende voorheen reeds bescherming tegen oneerlijke bedingen, in navolging van het 'Franse' systeem.

561. **Implementatie in Italië. –** Reeds voor het ontstaan van die specifieke bescherming in Frankrijk, Duitsland en België, kende de Italiaanse Codice civile evenwel al een louter formele bescherming tegen *toetredingsovereenkomsten*. Dit regime vertrekt louter vanuit een toepassingsgebied *ratione materiae*. Niettemin wordt bij het omzetten van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen gekozen om *naast* dat (weinig doeltreffende) beschermingsstelsel een nieuw leerstuk inzake oneerlijke bedingen te introduceren, waarvan het toepassingsgebied – zoals de Richtlijn zelf – tegelijkertijd *ratione materiae* en *ratione personae* wordt beperkt.

562. **Aanpassingen. –** Zowel België als Italië worden door de Europese Commissie op de vingers getikt wegens het onvolledig omzetten van de onderhavige Richtlijn. Aanpassingen volgen in beide landen net voor de eeuwwissel, doch Italië wordt niettemin veroordeeld door het Hof van Justitie.

563. **Nichewetboeken. –** Met het aanwassen van het Europese consumentenacquis wordt onder meer in Frankrijk een apart wetboek gecreëerd. De Belgische wetgever volgt een gelijkaardige aanpak, maar verruimt het voorwerp van de themacodex naar het 'economisch recht'. Dit getuigt van een fundamenteel verschillende aanpak ten opzichte van het Duitse en Nederlandse recht, waar de bescherming tegen oneerlijke bedingen net een vaste plaats kreeg in het burgerlijk wetboek, en daarmee ook in het gemeen recht. Des te meer nu de Codice civile reeds bepalingen inzake toetredingsovereenkomsten bevat, is het merkwaardig te moeten vaststellen dat de verplaatsing van het leerstuk van de oneerlijke bedingen in Italië daarentegen in de omgekeerde richting liep: daar werden die normen immers *uit* het burgerlijk wetboek gehaald, om ze in een nichewetboek te incorporeren.

564. **Materieel toepassingsgebied: onderhandelingen. –** Een verschil tussen de Belgische en Italiaanse oneerlijkebedingenleer is te vinden in het materiële toepassingsgebied van het beschermingsregime. Een opmerkelijk onderscheid lijkt *prima facie* niet te moeten worden gezien in het begrip in beide lidstaten van de notie 'beding'

of 'contract', noch in de aan- of afwezigheid van de uitzondering van de dwingende bepalingen. Wel relevant lijkt het belang dat al dan niet wordt gehecht aan de negatieve voorwaarde van individuele onderhandelingen. Waar de Belgische wetgever er immers voor koos het al dan niet uitonderhandeld karakter van bedingen niet te laten meespelen bij de bepaling van het toepassingsgebied, is het tegendeel waar in Italië. Bedingen ontsnappen daar aldus aan rechterlijke controle, wanneer zij individueel onderhandeld zijn. Dat dit een bewijs- en legitimatieproblematiek met zich meebracht die in ons land onbekend is, komt niet als een verrassing. Eigen aan het Italiaanse systeem is evenwel dat er aan de (beknopte) *zwarte lijst* met concrete oneerlijke bedingen niet valt te ontsnappen door individuele onderhandelingen. Een parallel met de inmiddels afgeschafte zwarte lijst uit de Belgische Wet Vrije Beroepers kan hier terloops worden opgemerkt.

565. **Personeel toepassingsgebied: grondwettelijkheidsarresten. –** Zowel het Belgische als het Italiaanse grondwettelijk hof werden vervolgens (meermaals) betrokken bij het personele toepassingsgebied van de bescherming tegen oneerlijke bedingen. In beide staten werd het grondwettelijke non-discriminatiebeginsel als maatstaf aangevoerd. Steeds ook stonden (in zekere mate) 'kleine' professionelen centraal in het geding en moesten zij het onderspit delven. Het punt waarop de constitutionele jurisprudentie zich evenwel onderscheidt, is de 'zijde' van de contractuele beschermingsregeling waarin die professioneel werd gesitueerd. In het Belgische geval werd het immers discriminatoir bevonden om de vrije beroeper *als professioneel* van de verplichtingen inzake oneerlijke bedingen uit te sluiten, terwijl de Corte costituzionale geen graten zag in de uitsluiting van kleine ondernemers van de hoedanigheid *als consument*.

566. **Personeel toepassingsgebied: het Europese pad. –** Wat voorts nog het personeel toepassingsgebied van het beschermingsregime betreft, moet worden vastgesteld dat de Belgische en Italiaanse rechtsorde beide gedwee het grillige parcours van het communautaire acquis volgen. De noties van professioneel en van consument zijn in beide staten immers op gelijkaardige wijze geïmplementeerd en volgen (vaak bijna woordelijk) de 'meest recente' definitie van de Europese richtlijngever, al lijkt het er op dat de intrede van het consumentenbegrip vooral in Italië een grote impact had[1531]. Noch de Belgische, noch de Italiaanse wetgever durft zich van het voorgepaveide communautaire pad te begeven door bijvoorbeeld ook bepaalde professionelen als 'zwakkere' partij te beschermen tegen oneerlijke bedingen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de vastgestelde onverenigbaarheid van rechtspersonen met de hoedanigheid van consument in België en Italië, door tussenkomst van respectievelijk de wetgever en grondwettelijkheidsrechter. Nochtans lijkt een overgroot deel van de doctrine ook een dergelijke uitbreiding van de bescherming tot 'zwakke professionelen' voor te staan.

567. **Specialiteitscriterium. –** Op het communautaire niveau stellen zich vervolgens vragen bij het gebruik van het bestemmingscriterium, om de strikte dichotomie tussen consumenten en professionelen te handhaven. Zeker nu de Belgische wetgever ten langen leste gezwicht is en (althans norminhoudelijk) de vrije beroepers – vaak 'kleine' professionelen met een beperkte specialiteit – onderworpen heeft aan de regels tegen

[1531] Zie *supra*, nr. 136 en K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 198.

oneerlijke bedingen, komt het aangewezen voor de deskundigheid van de persoon in kwestie als referentiepunt te nemen.

568. **Prevalentie bij gemengde handelingen en vermoeden. –** Eveneens vanuit communautair oogpunt lijkt voorts dat het vraagstuk naar de gemengde handelingen mag worden beschouwd als beslecht. De prevalentietheorie geniet de voorkeur. Verschillende argumenten werden aangehaald om die stelling te staven. Wat verder de bewijslast van de hoedanigheid van consument betreft, moet worden betreurd dat de Europese rechtsorde op heden geen antwoorden verschaffen kan. Er werd evenwel betoogd dat een soort *praesumptio consumptionis* zou aansluiten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie en de doelstellingen van de Richtlijn.

569. **Tegenstelbaarheid en vormvereisten. –** Wat voorts de tegenstelbaarheidsvereisten van algemene voorwaarden betreft, kan *prima facie* worden vastgesteld dat gelijkaardige regels gelden in België als in Italië. Waar de Italiaanse rechtsorde de vereiste van *conoscenza* of *conoscibilità* evenwel verankerd ziet in haar burgerlijk wetboek, is de Belgische jurist genoopt die regels te ontwaren uit de gewezen rechtspraak. Terwijl de Codice civile verder ook voorziet in bepaalde uitdrukkelijke vormvoorwaarden die moeten worden voldaan opdat bepaalde categorieën bedingen in de contractverhouding kunnen binnentreden, zijn gelijkaardige formele vereisten van algemene strekking in het Belgische recht afwezig. Zonder *per se* de instauratie in ons privaatrecht van gelijkaardige (weinig doeltreffend gebleken) formaliteiten te willen bepleiten, zou evenwel kunnen worden overwogen om bijvoorbeeld een vereiste van schriftelijk bewijs tegen de consument te codificeren.

570. **Reikwijdte van de transparantievereiste. –** Verband met de tegenstelbaarheids- en vormvereisten houdt voorts de communautaire vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid. De Europese draagwijdte van die transparantievoorwaarde was lange tijd in volstrekte duisternis gehuld. Een aantal verrassende uitspraken van het Hof van Justitie lijken evenwel koers te hebben gezet naar een erg brede invulling. Bedingen moeten namelijk in elk geval in die mate duidelijk zijn opgesteld, dat 'de gemiddelde consument' de economische gevolgen ervan kan inzien, en aldus met meer kennis van zaken kan beslissen of hij al dan niet wenst te contracteren. Ook wettelijke rechten moeten voorts in de overeenkomst kunnen worden gelezen. Het licht dat de Unierechter wierp op die vereiste is vooralsnog echter slechts een flauw schijnsel. De vele contouren ervan wachten nog op verheldering. Zo is het bijvoorbeeld nog onduidelijk hoe een gebrek aan duidelijkheid moet worden gesanctioneerd, al wordt er door verschillende auteurs beargumenteerd dat een afwezigheid van transparantie *ipso facto* kan nopen tot de vaststelling van het oneerlijke karakter van het kwestieuze beding.

571. **Interpretatie. –** Het beginsel van de interpretatie *contra proferentem* (of, o.i. logischer: *pro consumptore*) dat door de Richtlijn wordt gehuldigd, lijkt voorts bij de gemeenrechtelijke interpretatietechnieken van beide besproken stelsels aansluiting te vinden. Over de vraag voor wélke consument de lezing het meest gunstig moet zijn, lijkt het antwoord te vinden in de *concrete* consument-procespartij, nadat die door de rechter grondig werd geïnformeerd over zijn rechtspositie. Er wordt tot slot in herinnering

gebracht dat die interpretatietechniek een tweesnijdend zwaard is: de consument kan er immers ook nadeel van ondervinden.

572. **Open norm. –** Wat de open norm en de lijsten betreft, wordt in herinnering gebracht dat het onderhavige onderzoek niet inging op de eigenlijke inhoudscontrole van oneerlijke bedingen. Wel werd vastgesteld dat in België de negatieve vereiste van de (objectieve) goede trouw bewust niet werd overgenomen in de nationale oneerlijkebedingenleer, terwijl dat in Italië wel het geval is. Het belang van die bepaling lijkt evenwel gering te zijn. Er is immers veel onduidelijkheid over haar betekenis en rol ten opzichte van de voorwaarde van de 'aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht'. Laatstgenoemd criterium uit de open norm wordt door het Hof van Justitie overigens stapsgewijs meer en meer geduid, ondanks dat het oordeelde dat de bevoegdheid een beding als oneerlijk te kwalificeren enkel aan de nationale rechter toekomt. Met name werd reeds besloten dat een louter kwantitatief onevenwicht tussen partijen niet volstaat, terwijl de rechter bij de oneerlijkheidstoets in elk geval wel mag vergelijken met de partijverhouding onder nationaal suppletief recht.

573. **Lijsten. –** Inzake de lijsten met oneerlijke bedingen kan worden besloten dat België een monistisch stelsel kent, terwijl Italië twee lijsten heeft. Zowel het Belgische als het Italiaanse consumentencontentieux kennen aldus één zwarte lijst, waarvan (althans door de meerderheid) wordt aangenomen dat zij een vermoeden van oneerlijkheid *iuris et de iure* met zich meebrengt. Het gebruik van open normen in de Belgische lijst noopt evenwel tot het besluit dat die zwarte lijst een *grijs tintje* heeft. De (korte) Italiaanse zwarte lijst wordt daarentegen gekenmerkt door een iets uitgebreider toepassingsgebied, waardoor het een soort *gitzwarte* lijst lijkt te zijn. Daarnaast bevat de Codice del consumo nog een (uitgebreide) grijze lijst met bedingen die weerlegbaar worden vermoed oneerlijk te zijn, en is er een 'gemeenrechtelijke' lijst in de Codice civile, met types bedingen waarvoor bijzondere formaliteiten gelden.

574. **Curatieve controle. –** Het aspect van de sancties lijkt evenwel veruit de grootste impact te hebben gehad op zowel de Belgische als de Italiaanse rechtsorde. Na een eerste periode van doctrinale vraagtekens over hoe de door de wetgevers gekozen *individueel-curatieve* sanctie diende te worden gekwalificeerd, lijkt nu gemeenzaam te worden aanvaard dat de communautaire sanctie zich niet laat indelen in de klassieke, nationale hokjes. Zowel de Belgische als de Italiaanse nietigheidsleer is een nieuwe, hybride figuur rijk: een 'beschermingsnietigheid'. Misschien is het dan ook wenselijk om de bekende nationaalrechtelijke paden te verlaten en te streven naar een Europeesrechtelijke 'schrapping'? Op vele aspecten van die remedie werd door het Hof van Justitie al ingegaan, doch een aantal belangrijke vraagstukken blijven onbeantwoord[1532], de rol van het nationaal suppletief recht voorop.

575. **Preventieve en administratieve controle. –** Wat voorts de preventieve controle betreft, kan worden geconcludeerd dat de Belgische en Italiaanse rechtsorde over een gelijkaardige remedie beschikken: de stakingsvordering. De administratieve handhaving

[1532] Om onnodige herhalingen te vermijden, wordt terugverwezen naar nr. 526 t.e.m. 547.

verschilt daarentegen grondig tussen de twee lidstaten. Waar België immers over een bijzondere Commissie Oneerlijke Bedingen beschikt, kende Italië vooralsnog geen dergelijk systeem, behoudens indien een soortgelijk regime werd ingesteld door de territoriaal versnipperde *Camere di commercio*. Sedert 2012 beschikt de Italiaanse mededingingsautoriteit evenwel over diverse mogelijkheden tot administratieve handhaving.

576. **Taal. –** Vervolgens moet er worden gewezen op een recurrent pijnpunt dat de verschillende voorgaande hoofdstukken overspant, met name de problematiek van de taal. Inconsistente, weinig kwaliteitsvolle en vaak ronduit verkeerde vertalingen lijken niet te onderschatten gevolgen te hebben gehad op de verschillende rechtsordes.[1533] Voornamelijk het betreurenswaardige "*malgrado la buona fede*" uit de open norm lijkt aanleiding te hebben gegeven tot bladzijden – *in se* overbodige – commentaren en discussies die hadden kunnen worden vermeden. Algemeen durft de Italiaanse rechtsleer dan ook laconiek ten opzichte van de Europese normgever te gewagen van een

> **"** *responsabilità del traduttore per prodotto difettoso* **„**[1534].

Interessant zou het o.i. dan ook zijn om een (juridisch, taalkundig, economisch, multidisciplinair…?) onderzoek te voeren naar de impact van de verschillende taalversies van Europese normgeving op de receptie en toepassing ervan, dan wel algemeen op de verwezenlijking van de interne markt.

577. **Omzettingstechniek en -niveau. –** Tot slot volgen een aantal algemene beschouwingen. Het lijkt er immers op dat de beoogde Europese harmonisatie van het leerstuk inzake oneerlijke bedingen grotendeels utopisch is gebleven. Vooreerst worden door de Europese lidstaten verschillende omzettingstechnieken gebruikt, wanneer de Richtlijn een plaats moet krijgen in de nationale rechtsorde.[1535] Ook het niveau, de *mate* van implementatie is vaak nogal 'minimalistisch': zeer zelden wordt door de lidstaten gekozen voor een beschermingsregime dat verder gaat dan wat door de Europese normgever wordt 'opgelegd'. In de gevallen waarin dat daarentegen wel wordt gedaan, is er vaak sprake van *gold plating*: er wordt een beetje extra bescherming met nationale insteek toegevoegd, hetgeen leidt tot een verder uiteengroeien van de verschillende nationale normgevingen. Dat heeft dan weer rechtsonzekerheid bij trans-Europese consumententransacties tot gevolg: de consument weet immers niet of, en in welke mate hij in een andere lidstaat beschermd is. Het hoeft weinig betoog dat dit niet de verhoopte 'vermindering van de transactiekosten' of positieve effecten op de interne markt meebrengt.

578. **Vasthouden aan nationaal recht. –** Wanneer voorts de Europese regelgeving in de nationale rechtsorde wordt geïmplementeerd, wordt kennelijk frequent vastgehouden aan een puur nationaalrechtelijke invulling. Hiervan levert de jarenlange doctrinale discussie over de sanctie in het hier besproken contentieux een illustratie. De volgende

[1533] *Cf.* P. NEBBIA, *Study*, 146.
[1534] "*aansprakelijkheid voor gebrekkig product van de vertaler*". E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, 21.
[1535] K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*, 192.

concluderende vaststellingen van P. NEBBIA kunnen dan ook, tot op vandaag, worden bijgetreden[1536]:

> " *The comparative analysis has revealed that while Member States are well aware of the fact that European legislation has to be read 'as a single corpus of law binding across Europe',* (…) *the concepts and notions contained in the Directive 93/13* (…) *are often interpreted, to various degrees, with reference to national legal traditions.* „[1537]

579. **Logisch gevolg van minimumharmonisatie. –** Hoewel betreurenswaardig, hoeft die vaststelling nochtans niet te verbazen. Valt het immers niet enigszins te verwachten dat de nationale normgevers geneigd zijn om steeds de *easy way out* te kiezen? Hoewel ook zij over een (vaak 'sterker', 'nabijer' ervaren) politiek mandaat beschikken, wordt hun immers van hogerhand een thema met richtsnoeren opgedrongen, waarbij zij binnen een bepaalde periode moeten ageren. Ze zien zich bijgevolg verplicht om beslissingen die mogelijks vanuit een andere politieke hoek zijn genomen, verder uit te werken zonder maximale manoeuvreerruimte.

580. **Maximumharmonisatie? –** Een vaak gehoorde oplossing bestaat erin om het communautaire consumentenacquis te hercodificeren op basis van maximumharmonisatie. Op de wenselijkheid van zo'n volledige gelijkschakeling van de bescherming in Europa wordt in deze verhandeling niet verder ingegaan.[1538] Er wordt evenwel gewezen op wat voorheen werd gesteld met betrekking tot de minimumharmonisatie van de sancties, alsook op de politiek mislukte poging om een alomvattende Richtlijn Consumentenrechten te bewerkstelligen en op de opschorting voor onbepaalde termijn van het project van het Gemeenschappelijk kooprecht.

581. **Ondertussen, in Luxemburg. –** In de tussentijd lijkt het erop dat het Hof van Justitie het laken naar zich toetrekt om met toenemende nauwkeurigheid het leerstuk der oneerlijke bedingen nader in te vullen. Sommige doctrine voorspelt bijvoorbeeld dat weldra tot een bindend karakter van de Bijlage bij de Richtlijn Oneerlijke Bedingen zal worden besloten. Ook van de oorspronkelijke afstandelijkheid van het Hof om de open norm te concretiseren, is op vandaag nog weinig te merken. Dit blijkt onder meer uit de alsmaar meer uitgesproken 'suggesties' die het Luxemburgse Hof aan de verwijzende rechters verschaft en – uiteraard – uit het reeds in detail besproken aspect van de sancties.

[1536] In dezelfde zin: A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO, "Prefazione" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, (5) 9.

[1537] P. NEBBIA, *Study*, 165. Het aangehaalde citaat is afkomstig uit *Khatun & others v Newham LBC* [2004] EWCA Civ. 55 (CA), punt 78.

[1538] Voor een bevattelijke samenvatting van de *pro*'s en *contra*'s van maximumharmonisatie, wordt verwezen naar G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*, 13-18 (geschiedenis) en 28-34 (samenvatting van de verschillende opinies). *Pro* maximumharmonisatie zijn onder meer: E.H. HONDIUS, "De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (101) 113-115; G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*, 34-37.

EPILOOG

Een frisse kijk op de precontractuele informatieverplichtingen.

582. **Informatieplichten. –** Aansluitend op wat hierboven werd besloten omtrent de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid, wordt de lezer gevraagd het volgende zijspoor over de transparantie in het communautaire consumentenacquis in het algemeen te vergeven, gezien het geen onmiddellijke link heeft met al het voorgaande. Het consumentenacquis kent met name een toenemend aantal informatieverplichtingen ten voordele van de consument. Ter illustratie kan worden gewezen op de algemene precontractuele informatieplicht[1539] die door de Richtlijn Consumentenrechten werd geïnstalleerd, alsook op de erg uitgebreide specifieke informatieverplichtingen bij overeenkomsten op afstand[1540] en buiten verkoopruimten[1541] uit diezelfde richtlijn. De bedoeling van die informeringsplicht in hoofde van professionelen is duidelijk: de normgever wil de consument beschermen door van de professioneel te eisen dat hij de consument actief op de hoogte brengt van een aantal *kerneigenschappen* van de overeenkomst die hij op het punt staat te sluiten. Dat dit een zware last meebrengt voor die professionelen, hoeft weinig betoog. Dit is de prijs die de professioneel mee betaalt voor de bescherming van de consument, in navolging van de keuzes van de normgever.

583. **Doel van informeringsverplichtingen. –** Edoch, de vraag stelt zich of het doel (*i.e.* aanwezigheid van kennis over zijn rechtspositie bij de consument) wel de middelen (*i.e.* ellenlange algemene voorwaarden met verplicht aan te leveren informatie) heiligt. Meer nog dan een kwestie van efficiëntie en proportionaliteit (*i.e.* 'kan het doel, kennis, bereikt worden met minder kosten/moeite?'), stelt zich zelfs de vraag of het doel überhaupt wel wordt bereikt. Immers is het algemeen bekend dat het voor de consument vaak niet wenselijk is om *ex ante* over zijn positie geïnformeerd te worden: hij heeft geen tijd voor of behoefte aan een verplichte denkoefening over zijn rechtspositie. Archetypisch is bijvoorbeeld de consument die een online aankoop doet en aanklikt de algemene voorwaarden te hebben gelezen en aanvaard, terwijl hij het zich in feite ontziet om daar uitgebreid de tijd voor te nemen. Moet de normgever die 'luie' consument dan verplichten om zich te informeren? Het antwoord hierop moet manifest negatief zijn. Die consument gedraagt zich immers *redelijk*, zelfs *rationeel*: de kans dat hij meer voordeel haalt uit het opnemen van die informatie dan de kosten die hij ondervindt door de tijd die daarvoor nodig is, is gering. Met C. LEONE moet dan ook worden betoogd dat de werkelijke noodzaak aan transparante informatie zich niet in de precontractuele fase, maar wel in de

[1539] Art. 5 Richtlijn Consumentenrechten, omgezet in art. VI.2 WER.
[1540] Art. 6 en 8 Richtlijn Consumentenrechten, omgezet in art. VI.45 en VI.46 WER.
[1541] Art. 6 en 7 Richtlijn Consumentenrechten, omgezet in art. VI.64 en VI.74 WER.

uitvoeringsfase bevindt: pas dan zal de consument immers teruggrijpen naar de overeenkomst om zijn rechtspositie te bepalen, wanneer iets misgaat.[1542]

584. **Beperking van de precontractuele informatieplichten tot het minimum. –** Omwille van wat hiervoor geschetst werd, komt het dan ook voor dat de actieve precontractuele informatieverplichtingen dienen te worden beperkt tot een absoluut minimum. Een categorie informatie die wél steeds dient te worden vermeld is bijvoorbeeld de aan- of afwezigheid van een (wettelijke) herroepingstermijn bij overeenkomsten op afstand. Dit, en een aantal andere *essentiële* punten moeten dus duidelijk worden gemaakt aan de consument. Maar *hoe* kan worden verzekerd dat de consument die (afgeslankte) informatie daadwerkelijk in zich opneemt, zonder hem te dwingen tot bepaald (irrationeel) gedrag? Het is duidelijk dat de hedendaagse consument zeer wordt afgeschrikt door de lange lijst *getypte voltekst* die hem doorgaans beschikbaar wordt gesteld, bijvoorbeeld in internettransacties.

585. **Een stoutmoedige vergelijking met de *Creative Commons*. –** Een gewaagd voorstel ter oplossing van de brug tussen de maatschappelijke wenselijkheid dat de consument geïnformeerd is, en de individuele wens van de consument weinig moeite te doen om zijn rechten te kennen, mag u niet worden onthouden. Met name komt het voor dat een bepaalde praktijk uit het auteursrecht op internet hier een oplossing kan bieden, te weten de werkmethodes van de zogeheten *Creative-Commons*-licenties. In een notendop betreft dit een project waarvan het opzet er in bestaat om het voor auteurs te vergemakkelijken om afstand te doen van (alle of bepaalde) vermogensrechten die zij (immers van rechtswege) hebben met betrekking tot een bepaald werk. Zodoende kan dat werk (een afbeelding, muziekstuk, videomateriaal…) door anderen vrij worden gebruikt, zonder dat de individuele toestemming van de auteur vereist is.[1543] Er bestaan evenwel verschillende licenties, met diverse modaliteiten. Zo kan de auteur zich onder meer het recht voorbehouden zich te verzetten tegen *commercieel* gebruik van zijn werk of eisen dat zijn naam steeds vermeld blijft.[1544]

586. **Een 'laag' in juridisch jargon en één 'in mensentaal'. –** Hoewel er dus erg veel verschillende subcategorieën licenties zijn, is het niettemin mogelijk om in één oogopslag de 'kern' van elke licentie te zien. Dit is het gevolg van de drie *lagen* waaruit die *CC*-licenties bestaan. Zo'n licentie omvat met name vooreerst een '*juridische* laag', dit is de eigenlijke licentie, geformuleerd in juridisch-technisch jargon. Ten tweede is er een '*digitale* laag' die de informatie over de licentie vindbaar maakt voor zoekmachines. Deze is voor het consumentenrecht van gering belang. De derde laag is evenwel de (beknopte) weergave van de kernpunten van de licentie 'in *mensentaal*'. Die laatste weergave bestaat, per aspect, uit een paar woorden, een tweeletterafkorting en – vooral – één enkel pictogram (aangevuld met een *disclaimer*[1545]). Bij wijze van voorbeeld kan het voorbehoud voor commercieel gebruik worden vermeld. Zo de auteur met name wenst

[1542] C. LEONE, *Transparency revisited*, 321-323.
[1543] Zie http://creativecommons.org/about.
[1544] Zie http://creativecommons.org/licenses.
[1545] In dat exoneratiebeding staat dan te lezen dat de werkelijke invulling van de licentie te vinden is in de *juridische* laag, en niet in de – vereenvoudigde – laag 'in *mensentaal*'.

dat zijn werk enkel voor niet-commerciële doeleinden verder wordt aangewend, wordt een pictogram van een dollarteken met een schuine streep over weergegeven, aangevuld met "NC" en "NietCommercieel". Zo is het voor de potentiële gebruiker onmiddellijk duidelijk wat al dan niet is toegestaan.

587. **Een gedurfd voorstel: pictogrammen. –** Het komt voor dat een dergelijke werkwijze met pictogrammen ook de informatiepardox[1546] in het consumentenrecht kan helpen oplossen. De communautaire normgever zou bijvoorbeeld een reeks – al dan niet verplicht te gebruiken – pictogrammen kunnen afkondigen, waarachter een heel specifieke overeenkomstenrechtelijke betekenis zit. Wanneer de consument dit pictogram vervolgens ontmoet, bijvoorbeeld op de website van een(der welke) Europese professioneel, dan weet hij zonder veel moeite welke rechten en verplichtingen er al dan niet deel uitmaken van de specifieke overeenkomst die hij op het punt staat te sluiten. Een illustratie kan opnieuw worden gezocht bij de herroepingstermijn. Een groen pictogram met gebogen pijl in de richting van een (winkel)gebouw, aangevuld met een concreet getal, zou de aanwezigheid van een herroepingsrecht gebonden aan een welbepaalde termijn in dagen kunnen aanduiden. Eenzelfde symbool in het rood en met een streep door duidt dan op de afwezigheid van zo'n herroepingsrecht. Het hoeft weinig betoog dat de interpretatie van zo'n afbeelding veel sneller gaat dan het lezen van een ganse clausule. Wil de consument niettemin de clausule in detail bekijken, dan kan hij bijvoorbeeld het pictogram aanklikken en wordt hij naar de juridisch-technische formulering geleid. Zo is de consument snel geïnformeerd over de kern van zijn rechten en plichten, terwijl de professioneel niettemin een eigen beleid inzake algemene voorwaarden kan uitstippelen, binnen de marges van de oneerlijkebedingenleer.

588. **Kritiek en repliek. –** De kritische lezer zal – terecht – opmerken dat de hantering van een dergelijk systeem *prima facie* iets 'kinderachtigs' toevoegt aan het contractenrecht. Wat echter niet kan worden bijgetreden, is dat deze these uitgaat van een *minder aandachtig* consumentbeeld (lees: het uitgangspunt van de luie, ongeïnteresseerde consument). Immers werd hierboven reeds betoogd dat het net erg rationeel is om geen tijd te willen verspillen aan het lezen van een lange lijst *kleine lettertjes*. Overigens is een systeem met afbeeldingen en pictogrammen ook helemaal niet vreemd aan ons recht. Er zijn immers vele andere situaties in het dagelijkse leven, waarin een heleboel tekst wordt vervangen door afbeeldingen om te verhelpen aan het tijdsgebrek bij de adressant. Zo moet vanzelfsprekend eerst en vooral worden gedacht aan het verkeer, waar symbolen de gebruikers van de openbare weg in een oogopslag een pak informatie verschaffen. Daarnaast zijn er nog de vele veiligheidssymbolen die in verschillende niches gangbaar zijn, of de algemeen gekende borden die uitgangen of brandblusapparaten aanduiden. Overigens is het gebruik van simplificerende codes ook geen volslagen onbekende in het contractenrecht. Zo kan, naast aan de voormelde *CC*-licenties, gedacht worden aan de *Incoterms* (*International Commercial Terms*) van de *International Chamber of Commerce*, die in de internationale handel frequent worden gebruikt om modaliteiten van

[1546] De situatie is immers paradoxaal: de consument krijgt (verplicht) meer informatie over zijn juridische positie, maar daardoor weet hij niet effectief meer over zijn rechtspositie.

goederentransport aan te duiden. Deze worden gewoonlijk kortweg aangegeven met drie letters.[1547]

589. ***Lingua franca*? –** Er is tot slot nog een extra voordeel verbonden aan het gebruik van afbeeldingen in het consumentenacquis. Een reeds aangehaald en moeilijk oplosbaar gebleken probleem lijkt op die manier immers enigszins te worden vergemakkelijkt (doch uiteraard niet volledig opgelost). Het betreft met name het probleem van de kwestie van de verschillende talen binnen de Europese Unie. Zo immers symbolen worden aangewend, die op uniforme wijze worden uitgelegd, wordt er als het ware een soort (reeds onbewust gekende) *lingua franca* gebruikt. Het komt namelijk voor dat pictogrammen in staat zijn een specifieke betekenis over te brengen op gelijkaardige wijze over de grenzen heen. Stellen dat hiermee de gehele taalproblematiek van de baan zou zijn, is uiteraard utopisch: achter elk pictogram zit immers een betekenis die noodgedwongen in een taal moet worden uitgedrukt. Niettemin lijkt het hanteren van symbolen mogelijks een positief effect op de intracommunautaire consumentenhandel te hebben. Verder onderzoek hieromtrent is evenwel wenselijk.

[1547] Bv. FCA (*Free Carrier*), DAT (*Delivered at Terminal*), DAP (*Delivered at Place*) enz…

BIBLIOGRAFIE

VINDPLAATSEN VAN DE NORMGEVING

België	*Belgisch Staatsblad (BS)* www.staatsblad.be
Duitsland	*Bundesgesetzblatt Teil I (BGBl. I)* www.bgbl.de
Engeland	www.legislation.gov.uk
Europese Unie	*Publicatieblad van de Europese Unie – Serie L (Pb.L)* eur-lex.europa.eu
Frankrijk	*Journal officiel de la République française (JO)* www.journal-officiel.gouv.fr/
Italië	*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU)* www.gazzettaufficiale.it
Nederland	*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Stb.)* www.officielebekendmakingen.nl

RECHTSLEER

Bij vaak geciteerde werken staat de hierboven gebruikte verkorte citeerwijze achteraan tussen vierkante haakjes.

ADAM, R. en TIZZANO, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Turijn, Giappichelli, 2010, xxvi+467 p.

AFFERNI, G., "Italy", *ERCL* 2008, 460-473.

ALPA, G., "La protection de la partie faible en droit italien" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 583-590 [G. ALPA, *La partie faible en droit italien*].

ALPA, G., "L'expérience de l'Italie" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, 46-68 [G. ALPA, *L'expérience de l'Italie*].

AMATO, C., "Les contrats du consommateur en Italie" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 131-149 [C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie*].

AYNEES, L., "Le consommateur. Rapport de synthèse" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 11-16.

BASEDOW, J., "The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary", *ERPL* 2010, 443-474 [J. BASEDOW, *Court of Justice and Private Law*].

BATTELLI, E., "Il controllo delle Camere di commercio sulle clausole inique e il ruolo di Unioncamere" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 125-163 [E. BATTELLI, *Camere di commercio*].

BELLELLI, A., MEZZASOMA, L. en RIZZO, F., "Prefazione" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 5-11.

BERLIN, J., "Obscurité des clauses contractuelles… et de la directive" (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *JPC G* 2014, comm. 564.

BIQUET-MATHIEU, C., "Les contrats du consommateur en Belgique" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 37-54 [C. BIQUET-MATHIEU, *Les contrats du consommateur en Belgique*].

BOGAERT, F. en VAN BAEVEGHEM, B., "Contractuele aspecten van de Wet Marktpraktijken" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch Recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten (XXXVIIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva)*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1-53 [F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, *Contractuele aspecten*].

BOURGOIGNIE, T., "L'expérience en Belgique" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, 78-92 [T. BOURGOIGNIE, *L'expérience en Belgique*].

BRADGATE, R., "Experience in the United Kingdom" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, 26-45 [R. BRADGATE, *Experience in the UK*].

BRUDER, F., "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive", *ERPL* 2007, 205-231 [F. BRUDER, *Burden of Proof*].

CALAIS-AULOY, M.J., "Workshop 5 – Clearing of the Market: the Mechanism for Controlling Unfair Terms (Art. 7)" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, 189-210 [M.J. CALAIS-AULOY, *Workshop 5 – Clearing of the Market*].

CAMBIE, P., *Onrechtmatige Bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, xvi+478 p. [P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*].

CANDIAN, A., "Contratto di assicurazione e clausole vessatorie" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 79-88 [A. CANDIAN, *Contratto di assicurazione*].

CATRICALÀ, A. en PIGNALOSA, M.P., *Manuale del Diritto dei Consumatori*, Rome, DIKE Giuridica Editrice, 2013, xxiv+290 p. [A. CATRICALÀ en M.P. PIGNALOSA, *Manuale*].

CAUFFMAN, C., "The Impact of EU Law on Belgian Consumer Law Terminology", *ERPL* 2012, 1325-1352 [C. CAUFFMAN, *Belgian Consumer Law Terminology*].

COLCELLI, V., "Revising Ubi Jus ibi Remedium in Civil Law: The Italian Case of Consumer Protection", *ERPL* 2010, 143-145.

COLLINS, H., "Why Europe Needs a Civil Code", *ERPL* 2013, 907-922.

CRUQUENAIRE, A., "Les clauses abusives en pratique" in E. BALATE, A. CRUQUENAIRE en D. MOUGENOT, *Actualités de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 129-166 p. [A. CRUQUENAIRE, *En pratique*].

DANKERS-HAGENAARS, D. en LOOS, M., "Les contrats du consommateur aux Pays-Bas" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 183-198.

DE BOECK, A. en VAN HOECKE, M., "The Interpretation of Standard Clauses in European Contract Law" in H. COLLINS (ed.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for a Challenge to European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 201-244 [A. DE BOECK en M. VAN HOECKE, *Interpretation of Standard Clauses*].

DELFORGE, C., "Clauses abusives, office du juge et renonciation" (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, 93-100.

DELVAUX, P.H., "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 73-100.

DEMUYNCK, I., "De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen" in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 49-122 [I. DEMUYNCK, *Onrechtmatige contractuele bedingen*].

DEMUYNCK, I., "De onrechtmatige bedingen in België: a never ending story", *CBR Jaarboek* 1998-99, 311-391.

DEMUYNCK, I., *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraatsproefschrift Rechten Universiteit Gent, 1999-2000, xxxix+856+l p. [I. DEMUYNCK, *Thesis*].

DE ROSAS, R.A. en PALMIERI, A., "Consumatori, contratti e difesa dalle vessazioni: gli ingranaggi cominciano, faticosamente, a girare" (noot onder Corte d'appello (IT) Rome 7 mei 2002, Tribunale (IT) Rome 4 februari 2002, Bari 25 maart 2002, Milaan 29 maart 2002, Giudice di pace (IT) Perugia 25 maart 2002), *Foro it.* 2002, I, 2831 e.v.

DI CIOMMO, F., "La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio" (noot onder Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 12 december 2014, n. 26242), *Foro it.* 2015, I, 922 e.v. [F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio*].

DIRIX, E., "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-92, 562-572.

DOMONT-NAERT, F., "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 219-240.

DUPICHOT, Ph., "Les contrats du consommateur en France" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 109-129.

FELTRIN, F., IORIO, S. en PORTENTO, F., *I diritti del consumatore*, Venezia, Regione del Veneto, 2009, www.comune.vigonza.pd.it/upload/diritti_consumatore.pdf, 183 p. [M. FELTRIN *et al.*, *I diritti*].

GAVRILOVIC, N., "The Unfair Contract Terms Directive through the Practice of the Court of Justice of the European Union: Interpretation or Something More?", *ERCL* 2013, 163-180 [N. GAVRILOVIC, *Interpretation or Something More?*].

GEIREGAT, S., "Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen." (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *TBBR* 2015, 153-163.

GHESTIN, J. en MARCHESSAUX-VAN MELLE, I., "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens (rapport français)" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 1-72 [J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion*].

GRAF, B.A. en APPLETON, A.E., "ECJ Case C 40/08 Asturcom – EU Unfair Terms Law Confirmed as a Matter of Public Policy" (noot onder arrest Asturcom, EU:C:2009:615), *ASA Bulletin* 2010, 413-418.

GREWE, C., "Entre la Tour de Babel de l'espéranto: les problèmes du (des) langage(s) du droit comparé" in M. BAUDREZ en T. DI MANNO (eds.), *Liber amicorum Jean-Claude Escarras: la communicabilité entre les systèmes juridiques*, Brussel, Bruylant, 2005, 115-129.

HALL, H., "Workshop 2 – The Application of the Directive to Public Services" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, 113-131 [H. HALL, *Workshop 2 – Public Services*].

HERKENRATH, K., *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien : Auswirkungen nationaler Umsetzungstechniken auf den Harmonisierungserfolg*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, liii+203 p. [K. HERKENRATH, *Die Umsetzung*].

HESSELINK, M., "Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive", *ERPL* 2010, 57-102.

HINESTROSA, F., "Rapport général" in BRUYLANT en LB2V (eds.), *Le consommateur. Journées colombiennes*, Brussel, Bruylant, 2010, 19-35.

HONDIUS, E.H., "La directive sur les clauses abusives et les états membres de l'union européenne" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 591-602 [E.H. HONDIUS, *La directive et les états membres*].

HONDIUS, E.H., "De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 101-141.

HONDIUS, E.H. en RIJKEN, G.J. (eds.), *Handboek Consumentenrecht*, Amsterdam, Paris, 2006, 516 p.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: *Aziz* v. *Catalunyacaixa*" (noot onder arrest Aziz, EU:C:2013:164), *CML Rev.* 2014, 955-974 [S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Mortgage loans and protection of housing*].

INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, H. HALL en C. TIXADOR, *Application de la directive 93/13 aux prestations de service public: rapport de synthèse*, online uitg. rapport op vraag van de Commissie, 1997, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct02_fr.pdf, 270 p. [INC, *Prestations de service public*].

JULIEN, J., "Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation", *CCC* 2014, afl. 5, dossier 2, losbl.

KEIRSBLICK, B., "The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: *Pereničová and Perenič*" (noot onder arrest Pereničová, EU:C:2012:144), *CML Rev.* 2013, 247-264 [B. KEIRSBLICK, *Interaction between unfair terms and practices*].

KEIRSBLICK, B., "Boeken VI & XIV. Marktpraktijken en consumentenbescherming, ook voor vrije beroepen" in B. KEIRSBLICK en E. TERRYN, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 129-202.

KENNY, M., "Recent Developments. The Law Commission's 2012 Issues Paper on Unfair Terms: Subverting the System of 'Europeanized' Private Law?", *ERPL* 2013, 871-892.

LANDO, O., "European contract law after the year 2000", *CML Rev.* 1998, 821-831.

LANDO, O., "Liberal, Social and 'Ethical' Justice in European Contract Law", *CML Rev.* 2006, 817-833 [O. LANDO, *Justice in Contract Law*].

LAS CASAS, A., MAUGERI, M.R. en PAGLIANTINI, S., "Cases: ECJ – Recent trends of the ECJ on consumer protection: *Aziz* and *Constructora Principado*" (noot onder arresten Aziz, EU:C:2013:164 en Constructora Principado, EU:C:2014:10), *ERCL* 2014, 444-465 [A. LAS CASAS *et al.*, *Recent trends of the ECJ*].

THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts – A Joint Consultation Paper (The Law Commission Consultation Paper No 166 / The Scottish Law Commission Discussion Paper No 119)*, Londen, TSO, 2002, xx+250 p. en http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf [LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 166*].

THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts. Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 (The Law Commission Consultation Paper No 292 / The Scottish Law Commission Discussion Paper No 199)*, online uitg. rapport, 2004-2005, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf, ix+242 p. [LAW COMMISSION (UK), *Consulation Paper No 292*].

THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a New Approach? – Issues Paper*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf, vi+125 p.

THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a New Approach? – Summary of the Issues Paper*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues_summary.pdf, vi+24 p. [LAW COMMISSION (UK), *New Approach? – Summary*].

THE LAW COMMISSION en THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts – Impact Assessment (IA No LAWCOM0024)*, online uitg. rapport, 2012, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues_impact_assessment_revised.pdf, 19 p.

LEONE, C., "Transparency revisited – on the role of information in the recent case-law of the CJEU", *ERCL* 2014, 312-325 [C. LEONE, *Transparency revisited*].

LIEBSCHER, C., "Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro* v. *Centro Móvil Milenium SL*, judgement of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006 ECR I-10421" (noot onder arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675), *CML Rev.* 2008, 545-557.

LLAMAS POMBO, E., "Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 89-104 [E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo*].

LOOS, M., noot onder arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675, *ERCL* 2007, 439-445.

LOOS, M., "Transparency of Standard Terms under the Unfair Contrat Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law", *ERPL* 2015, 179-194 [M. LOOS, *Transparency*].

LURGER, B., "The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality", *ERCL* 2005, 442-468 [B. LURGER, *The Future of European Contract Law*].

MAK, C., "Judgement of the Court (First Chamber) of 6 October 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira, Case C-40/08" (noot onder arrest Asturcom, EU:C:2009:615), *ERCL* 2010, 438-448.

MAK, V., "Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?", *ERPL* 2009, 55-73.

MICKLITZ, H.W., "Workshop 4 – Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art. 5)" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, 158-188 [H.W. MICKLITZ, *Workshop 4 – Clarity and Interpretation*].

MICKLITZ, H.W., "Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts", *ERCL* 2010, 348-383.

MICKLITZ, H.W., "Unfair terms in consumer contracts" in N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT en K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge - Antwerpen - Portland, Intersentia, 2014, 125-164 [H.W. MICKLITZ, *Unfair terms* 2014].

MICKLITZ, H.W. en KAS, K., "Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008 – 2013) – Part I", *ERCL* 2014, 1-63 [H.W. MICKLITZ en B. KAS, *Overview CJEU Consumer Contract Law '08-13*].

MICKLITZ, H.W. en REICH, N., "The Court and the Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", *CML Rev.* 2014, 771-808 [H.W. MICKLITZ en N. REICH, *Sleeping Beauty*].

MICKLITZ, H.W., STUYCK, J., TERRYN, E. en DROSHOUT, D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law* in W. VAN GERVEN (ed.), *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford – Portland (OR, V.S.), Hart, 2010, xc+597 p. [H.W. MICKLITZ *et al.*, *Ius Commune Casebook Consumer Law*].

MINERVINI, E., "Azione inibitoria e contratti dei consumatori" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 113-124.

MINERVINI, E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Turijn, Giappichelli, 2014, xvii+185 p. [E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*].

MORACCHINI-ZEIDENBERG, S., "Clauses abusives : étendue du contrôle, étendue de la sanction" (noot onder arrest Kásler, EU:C:2014:282), *JPC E* 2014, comm. 1482.

NEBBIA, P., *Unfair contract terms in European Law: a study in comparative and EC law*, Oxford, Hart, 2007, xix+225 p. [P. NEBBIA, *Study*].

NIVARRA, L., RICCIUTO, V. en SCOGNAMIGLIO, C., *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, xxiv+1001 p. [L. NIVARRA *et al.*, *Struttura ed efficacia* (hoofdstuk VI, sectie II) en L. NIVARRA *et al.*, *Patologie del contratto* (hoofdstuk VI, sectie III)].

PALMIERI, A., "Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale" (noot onder Corte costituzionale (IT) 22 november 2002, n. 469, Corte d'appello (IT) Rome 24 september 2002 en Tribunale (IT) Napels 22 juli 2002), *Foro it.* 2003, I, 337 e.v.

PALMIERI, A., "Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale" (noot onder Corte costituzionale (IT) 16 juli 2004, n. 235), *Foro it.* 2005, I, 993 e.v.

PALMIERI, A., noot onder Cass. (IT) 12 januari 2005, n. 449, 8 februari 2005, n. 2543 en 8 maart 2005, n. 5007, *Foro it.* 2005, I, 2742 e.v.

PALMIERI, A., "Arriva il Codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii ed innovazioni", *Foro it.* 2006, V, 77 e.v. [A. PALMIERI, *Arriva il Codice del consumo*].

PALMIERI, A. en PARDOLESI, R., "Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)" (noot onder Cass. (IT) (Verenigde Kamers) 12 december 2014, n. 26242), *Foro it.* 2015, I, 916 e.v. [A. PALMIERI en R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa*].

PARDOLESI, R., "Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?", *Foro it.* 2014, V, 11 e.v.

PAVILLON, C., "ECJ 26 October 2006, Case C-168:05 Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL - The Unfair Contract Terms Directive: the ECJ's Third Intervention in Domestic Procedural Law", *ERPL* 2007, 735-748 [C. PAVILLON, *Third Intervention in Domestic Procedural Law*].

PAVILLON, C., "Private Standards of Fairness in European Contract Law", *ERCL* 2014, 85-117 [C. PAVILLON, *Private Standards of Fairness*].

PEERAER, F., "Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?" (noot onder arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349), *TBBR* 2013, 320-331 [F. PEERAER, *Botte bijl*].

PERLINGIERI, P., "Conclusioni" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 175-183 [P. PERLINGIERI, *Conclusioni*].

PETIT, B. en ROUXEL, S., "Art. 1101 à 1108-2 – Contrats et obligations – Définition et classification des contrats" in *JurisClasseur Civil Code* 2013, losbl.

PFEIFFER, T., "EuGH: Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln", *EuZW* 2002, 465-467.

PIETERS, E., BYTTEBIER, K. en FELTKAMP, R., "Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés", *TBH* 2014, 327-370 [E. PIETERS *et al.*, *CDE: Survol*].

PIRO, E., *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, DIKE Giuridica Editrice, 2013, viii+170 p. [E. PIRO, *Tutela*].

POILLOT, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Parijs, L.G.D.J., 2006, xiv+589 p. [E. POILLOT, *Droit européen de la consommation*].

PUTTEMANS, A. en GYORY, R., "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (ex-LPCC) et qu'en est-il de sa compatibilité avec le droit européen", *DCCR* 2011, 3-31 [A. PUTTEMANS en R. GYORY, *De neuf dans la LPMC*].

RAYMOND, G., "Clauses abusives" in *JurisClasseur Concurrence - Consommation* 2013, afl. 820, losbl.

RAYMOND, G., "Contrats de consommation" in *JurisClasseur Concurrence - Consommation* 2013, afl. 800, losbl. [G. RAYMOND, *Contrats de consommation*].

RAYMOND, G., "Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014", *CCC* 2014, dossier 3, losbl. [G. RAYMOND, *Définition*].

REICH, N., "More Clarity after '*Claro*'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as '*deni de justice*'?" (noot onder arrest Mostaza Claro, EU:C:2006:675), *ERCL* 2007, 41-61.

REICH, N. en MICKLITZ, H.W., "Unfair Terms in the Draft Common Frame of Reference (Comments on the Occasion of the Tartu Conference on Recent Development in European Private Law)", *Juridica International*, afl. XIV, 2008, 58-68 [N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Unfair Terms in DCFR*].

REICH, N. en MICKLITZ, H.W., "Economic law, Consumer interests, and EU Integration" in N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT en K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge - Antwerpen - Portland, Intersentia, 2014, 1-65 [N. REICH en H.W. MICKLITZ, *Economic law*].

RIZZO, V., "La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 39-58 [V. RIZZO, *Profili storici*].

ROPPO, V., "Workshop 3 – The definition of 'unfairness': the application of Article 3(1), 4(1) – and of the annexes of the directive" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, 132-157 [V. ROPPO, *Workshop 3 – 'Unfairness'*].

ROPPO, V., "Italy", *ERCL* 2005, 274-284.

ROPPO, V., "From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?", *ERCL* 2009, 304-349 [V. ROPPO, *To Asymmetric Contracts: a Trend?*].

ROPPO, V., *Diritto privato*, Turijn, Giappichelli, 2013, xxxi+1001 p. [V. ROPPO, *I rimedi contrattuali* (hoofdstuk 35), V. ROPPO, *Il trattamento dei contratti invalidi* (hoofdstuk 36) en V. ROPPO, *Imprese e consumatori* (hoofdstuk 60)].

ROTT, P., "Case note on Banco Español de Credito v Joaquín Calderón Camino" (noot onder arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349), *ERCL* 2012, 470-480 [P. ROTT, *Case note on Banco Español de Credito*].

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., "Clauses abusives" in *Répertoire de droit commercial* 2014 (2015), losbl., *v° Clauses abusives* [N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*].

SCHEBESTA, H., "Does the National Court Know European Law? A Note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*" (noot onder arrest Asturcom, EU:C:2009:615), *ERPL* 2010, 847-880.

SCHRAEYEN, J. (ed), *Algemene voorwaarden*, Gent, Larcier, 2012, xiii+376 p.

SCHULTE-NÖLKE, H., "Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a comparative perspective" in EUROPEAN PARLIAMENT DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: POLICY DEPARTMENT C (ed.), *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward. Compilation of Briefing Notes. Workshop with the participation of EU National Parliaments*, EU Publications Office, 2013 en http://bookshop.europa.eu/en/the-proposal-for-a-common-european-sales-law-pbBA0213103/, 11-28 [H. SCHULTE-NÖLKE, *Certainty and attractiveness of CESL*].

SCHULTE-NÖLKE, H., "No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts", *ERPL* 2015, 195-216 [H. SCHULTE-NÖLKE, No Market for Lemons].

SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C. en EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Munchen, European Communities, 2008, 529 p. en http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf [H. SCHULTE-NÖLKE *et al.*, *Compendium*].

SINAY-CYTERMANN, A., "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français" in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 241-267.

SIRENA, P., "La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)" in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA en F. RIZZO (eds.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napels, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 59-78 [P. SIRENA, *Interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario*].

SMITS, J.M., "Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie", *WPNR* 2001, 853-855.

SMITS, J., "Plurality of sources in European Private Law, or: How to live with legal diversity?" in R. BROWNSWORD (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart, 2011, 323-335 [J. SMITS, *Plurality of sources*].

STEENNOT, R., "Waarom de N.M.B.S. als verkoper in de zin van de Wet Handelspraktijken beschouwd moet worden" (noot onder Arbitragehof 26 oktober 2005, nr. 2005/159), *DCCR* 2006, 64-67.

STEENNOT, R., *Onrechtmatige bedingen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming: artikelsgewijze bespreking*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl. [R. STEENNOT, *WMPC: Artikelsgewijze bespreking*].

STEENNOT, R., "Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid van algemene voorwaarden en de bewijskracht van de factuur" in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2013, 1-35.

STEENNOT, R., "The right of withdrawal and unfair contract terms under the Proposal for a Common European Sales Law" in I. CLAEYS en R. FELTCAMP (eds.), *The Draft Comon European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law? A Belgian Perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 115-154 [R. STEENNOT, *Proposal CESL*].

STEENNOT, R., "Vrije beroepen de Wet Marktpraktijken" (noot onder GwH (IT) 9 juli 2013, nr. 2013/99), *NjW* 2013, 795-796.

STEENNOT, R., "Private and Public Enforcement in the field of Unfair Contract Terms", te verschijnen in *ERPL* in de loop van 2015 [R. STEENNOT, *Enforcement*].

STEENNOT, R., BOGAERT, F., BRULOOT, F. en GOENS, D., *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, xii+226 p. [R. STEENNOT *et al.*, *Wet Marktpraktijken*].

STEENNOT, R. en DEJONGHE, S., *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, xxvi+628 p. [R. STEENNOT en S. DEJONGHE, *Handboek handelspraktijken*].

STEENNOT, R. en TERRYN, E., "De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar", *DCCR* 2014, 3-61 [R. STEENNOT en E. TERRYN, *Boek VI WER: eerste commentaar*].

STIJNS, S., "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, 148-169 [S. STIJNS, *WHPC na 1998*].

STIJNS, S., "Zijn onrechtmatige bedingen nietig?" in K. BERNAUW, P. COLLE, M. DAMBRE en I. DEMUYNCK (eds.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 921-946 [S. STIJNS, *Nietig?*].

STIJNS, S. en SWAENEPOEL, E., "Evolutiepolen van de onrechtmatige bedingenleer", *DCCR* 2013, 141-164 [S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, *Evolutiepolen*].

STRAETMANS, G., "Het Europese consumentenacquis: genese en toekomstblik" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 1-37 [G. STRAETMANS, *Het Europese Consumentenacquis*].

STUYCK, J., "Case C-243/08, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 June 2009, and Case C-40/08, Asturcom Telecominicaciones SL v. Maria Cristiba Rodriguez Nogueira, judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009" (noot onder arresten Pannon GSM, EU:C:2009:350 en Asturcom, EU:C:2009:615), *CML Rev.* 2010, 879-898 [J. STUYCK, *noot onder arresten Pannon en Asturcom*].

STUYCK, J., "Case C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)" (noot onder arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad, EU:C:2010:309), *ERCL* 2010, 449-459.

SWAENEPOEL, E., *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, xxxix+821 p. [E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*].

SWAENEPOEL, E., STIJNS, S. en WÉRY, P., "Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives", *DCCR* 2009, 142-203 [E. SWAENEPOEL *et al.*, *Onrechtmatige bedingen (in voorstel Richtlijn Consumentenrechten)*].

SWENNEN, H., "Het voorstel van de Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 55-100 [H. SWENNEN, *Voorstel Richtlijn Consumentenrechten en oneerlijke bedingen*].

TANGHE, T., "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. (BE) 28 september 2012), *TBBR* 2013, 236-240 [T. TANGHE, *Niet ambtshalve vernietigen*].

TENREIRO, M., "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms", *ERPL* 1995, 273-284 [M. TENREIRO, *The Directive and National Legal Systems*].

TENREIRO, M. en FERIOLI, E., "Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, 1-12 [M. TENREIRO en E. FERIOLI, *Examen comparatif*].

TERRÉ, F. (ed.), *Le consommateur et ses contrats* in *Juris compact*, Parijs, Juris-Classeur, 1999, xli+1245 p.

VAN BOOM, W.H. en R.J.P. KOTTENHAGEN, R.J.P., "De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht" in F. DE LY, K.F. HAAK en W.H. VAN BOOM (eds.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 133-154.

VANDENDRIESSCHE, G., "Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek Economisch recht" in A. TALLON (ed.), *Het nieuwe wetboek van economisch recht*, Brussel, Larcier, 2014, 163-216.

VAN DER BRUGGEN, R., "Het no-showbeding in algemene vliegvoorwaarden: over de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden en de algemene verplichting tot informatie van de consument" (noot onder Brussel (16) 23 maart 2012), *DCCR* 2013, 55-67.

VON BAR, C. en CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition*, I, Munchen, Sellier - European Law Publishers, 2009, xii+2024 p. en http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/background/ [C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *DCFR*].

WEATHERILL, S., "The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for 'Coherence' has (largely) Failed", *CML Rev.* 2012, 1279-1318 [S. WEATHERILL, *Consumer Rights Directive*].

WESSELS, B., JONGENEEL, R.H.C. en HENDRIKSE, M.L., *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2010, 717 p. [B. WESSELS *et al.*, *Algemene voorwaarden*].

WHITTAKER, S., "Burden of Proof in the Consumer *Acquis* and in the Draft Common Frame of Reference: Law, Fact and Things in Between", *ERCL* 2008, 411-444.

WILHELMSSON, T., "The Unfair Contract Terms Directive and the Nordic contract model" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf, 14-25 [T. WILHELMSSON, *Nordic contract model*].

WILHELMSSON, T., "Workshop 1 – The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)" in EUROPESE COMMISSIE (ed.), *The integration of directive 93/13 into the national legal systems – L'integration de la directive 93/13 dans les systèmes legislatifs nationaux – Workshops – Preliminary documents and final reports*, online uitg. rapport, 1999, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf, 94-112 [T. WILHELMSSON, *Workshop 1 – Scope*].

WILHELMSSON, T. en TWIGG-FLESNER, C., "Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*", *ERCL* 2006, 442-470.

.

BIJLAGEN

1. RICHTLIJN ONEERLIJKE BEDINGEN

1.1. RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE

Hieronder wordt een chronologische lijst weergegeven met alle beslissingen van het Hof van Justitie waarin uitspraak werd gedaan over de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Ook arresten die in deze verhandeling aan bod komen, maar niet rechtstreeks betrekking hebben op de Richtlijn, worden opgesomd. In een voetnoot wordt dan aangegeven welk instrumentum *de zaak betrof. Verderop staat een lijst met prejudiciële vragen die werden opgeworpen maar waarop het Hof vooralsnog niet antwoordde.*

(Stand van zaken d.d. 1 mei 2015)

1.1.1. UITSPRAKEN

14 maart 1991	Arrest Di Pinto[i] C-361/89 *Strafzaak tegen Di Pinto*	EU:C:1991:118
17 maart 1998	Arrest Bayerische Hypotheken- und Wechselbank t. Dietzinger[ii] C-45/96 *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG tegen Edgard Dietzinger*	EU:C:1998:111
27 juni 2000	Arrest Océano Grupo C-240/98 t.e.m. C-244/98 *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*	EU:C:2000:346
10 mei 2001	Arrest Commissie t. Nederland C-144/99 *Commissie tegen Nederland*	
22 november 2001	Arrest Idealservice C-541/99 en C-542/99 *Cape Snc tegen Idealservice Srl* *en Idealservice MN RE Sas tegen OMAI Srl*	EU:C:2001:625

[i] Deze zaak betreft Richtl.Raad (opgeheven) nr. 85/577/EEG, 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb.L* 31 december 1985, afl. 372, 31, thans opgeheven en vervangen door Richtl.EP&Raad nr. 2011/83/EU, 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L* 22 november 2011, afl. 304, 64.

[ii] De zaak betreft dezelfde richtlijn als vermeld in de vorige voetnoot.

24 januari 2002	Arrest Commissie t. Italië C-372/99 *Commissie tegen Italië*	EU:C:2002:42
7 mei 2002	Arrest Commissie t. Zweden C-478/99 *Commissie tegen Zweden*	EU:C:2002:281
21 november 2002	Arrest Cofidis C-473/00 *Cofidis SA tegen Jean-Louis Fredout*	EU:C:2002:705
1 april 2004	Arrest Freiburger Kommunalbauten C-273/02 *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG tegen Ludger Hofstetter en Ulrike Hofstetter*	EU:C:2004:505
9 september 2004	Arrest Commissie t. Spanië C-70/03 *Commissie tegen Spanië*	EU:C:2004:505
20 januari 2005	Arrest Gruber[i] C-464/01 *Johann Gruber tegen Bay Wa AG.*	EU:C:2005:32
26 oktober 2006	Arrest Mostaza Claro C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro tegen Centro Móvil Milenium SL*	EU:C:2006:675
4 juni 2009	Arrest Panon GSM C-243/08 *Pannon GSM Zrt. tegen Sustikné Györfi*	EU:C:2009:350
6 oktober 2009	Arrest Asturcom C-40/08 *Asturcom Telecomunica-ciones SL tegen Cristina Rodríguez Nogueira*	EU:C:2009:615
3 juni 2010	Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid tegen Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*	EU:C:2010:309

[i] Deze zaak betreft het Executieverdrag (verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Pb.L* 1972, afl. 299, 32), thans vervangen door de Verordening Brussel I*bis* (Verord.EP&Raad 12 december 2012, nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *Pb.L* 20 december 2012, afl. 351, 1).

9 november 2010	Arrest Pénzügyi Lízing Zrt. t. Schneider	
	C-137/08	EU:C:2010:659
	VB Pénzügyi Lízing Zrt. tegen Ferenc Schneider	
16 november 2010	Beschikking Pohotovosť	
	C-76/10	EU:C:2010:685
	Pohotovosť s.r.o. tegen Iveta Korčkovská	
15 maart 2012	Arrest Pereničová	
	C-453/10	EU:C:2012:144
	Jana Pereničová en Vladislav Perenič tegen SOS financ spol. s r. o.	
26 april 2012	Arrest Nemzeti t. Invitel	
	C-472/10	EU:C:2012:242
	Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság tegen Invitel Távközlési Zrt	
14 juni 2012	Arrest Banco Español de Crédito	
	C-618/10	EU:C:2012:349
	Banco Español de Crédito SA tegen Joaquín Calderón Camino	
21 februari 2013	Arrest Banif Plus Bank	
	C-472/11	EU:C:2013:88
	Banif Plus Bank Zrt tegen Csaba Csipai en Viktória Csipai	
14 maart 2013	Arrest Aziz	
	C-415/11	EU:C:2013:164
	Mohamed Aziz tegen Caixa d´Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)	
21 maart 2013	Arrest RWE Vertrieb	
	C-92/11	EU:C:2013:180
	RWE Vertrieb AG tegen Verbraucher-zentrale Nordr-hein-Westfalen eV	
30 mei 2013	Arrest Jőrös	
	C-397/11	EU:C:2013:340
	Erika Jőrös tegen Aegon Magyarország Hitel Zrt.	
30 mei 2013	Arrest Brusse	
	C-488/11	EU:C:2013:341
	Dirk Frederik Asbeek Brusse en Katarina de Man Garabito tegen Jahani BV	
14 november 2013	Beschikking Banco Popular Español	
	C-537/12 en C-116/13	EU:C:2013:759
	Banco Popular Español SA tegen Maria Teodolinda Rivas Quichimbo en Wilmar Edgar Cun Pérez en Banco de Valencia SA tegen Joaquín Valldeperas Tortosa en María Ángeles Miret Jaume	

5 december 2013	Arrest Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León C-413/12 *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León tegen Anuntis Segundamano España SL*	EU:C:2013:800
16 januari 2014	Arrest Constructora Principado C-226/12 *Constructora Principado SA tegen José Ignacio Menéndez Álvare*	EU:C:2014:10
27 februari 2014	Arrest Pohotovost' C-470/12 *Pohotovosť s. r. o. tegen Miroslav Vašuta*	EU:C:2014:101
3 april 2014	Beschikking Sebestyén C-342/13 *Katalin Sebestyén tegen Zsolt Csaba Kővári en anderen*	EU:C:2014:1857
30 april 2014	Arrest Barclays Bank C-280/13 *Barclays Bank SA tegen Sara Sánchez García en Alejandro Chacón Barrera*	EU:C:2014:279
30 april 2014	Arrest Kásler C-26/13 *Árpád Kásler en Hajnalka Káslerné Rábai tegen OTP Jelzálogbank Zrt.*	EU:C:2014:282
17 juli 2014	Arrest Sánchez Morcillo en Abril García C-169/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo en María del Carmen Abril García tegen Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*	EU:C:2014:2099
10 september 2014	Arrest Kušionová C-34/13 *Monika Kušionová tegen SMART Capital, a.s.*	EU:C:2014:2189
15 januari 2015	Arrest Šiba C-537/13 *Birutė Šiba tegen Arūnas Devėnas*	EU:C:2015:14
21 januari 2015	Arrest Unicaja Banco en Caixabank C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13 *Unicaja Banco SA tegen José Hidalgo Rueda et al. en Caixabank SA tegen:* *Manuel María Rueda Ledesma en Rosario Mesa Mesa;* *José Labella Crespo et al.;* *Alberto Galán Luna en Domingo Galán Luna*	EU:C:2015:21

12 februari 2015	Arrest Baczó en Vizsnyiczai	
	C-567/13	EU:C:2015:88
	Nóra Baczó en János István Vizsnyiczai	
	Tegen Raiffeisen Bank Zrt	
26 februari 2015	Arrest Matei	
	C-143/13	EU:C:2015:127
	Bogdan Matei en Ioana Ofelia Matei tegen SC Volksbank România SA	
23 april 2015	Arrest Van Hove	
	C-96/14	EU:C:2015:262
	Jean-Claude Van Hove tegen CNP Assurances SA	

1.1.2. AANHANGIGE ZAKEN

Onderstaande prejudiciële vragen staan gerangschikt op datum van verzoek.

10 januari 2014	Caixabank	
	C-548/13	*Pb.C* 25 januari 2014, afl. 24, 2-3
	Caixabank SA	
	tegen Francisco Javier Brenes Jiménez en Andrea Jiménez Jiménez	
17 januari 2014	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria	
	C-602/13	*Pb.C* 1 februari 2014, afl. 30, 4-5
	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA	
	tegen Fernando Quintano Ujeta en María Isabel Sánchez García	
21 maart 2014	BBVA	
	C-8/14	*Pb.C* 7 april 2014, afl. 102, 14
	BBVA (eerder Unnim Banc), S.A. tegen Diego Fernández Gabarro e.a.	
21 maart 2014	ERSTE Bank Hungary	
	C-32/14	*Pb.C* 7 april 2014, afl. 102, 16-17
	ERSTE Bank Hungary Zrt. tegen Sugár Attila	
11 april 2014	Finanmadrid E.F.C	
	C-49/14	*Pb.C* 5 mei 2014, afl. 135, 20
	Finanmadrid E.F.C, S.A. tegen Jesús Vicente Albán Zambrano e.a.	
2 mei 2014	Banco Grupo Cajatres	
	C-90/14	*Pb.C* 19 mei 2014, afl. 151, 12
	Banco Grupo Cajatres, S.A.	
	tegen María Mercedes Manjón Pinilla	
	en gezamenlijke erfgenamen van Miguel Ángel Viana Gordejuela	
8 mei 2014	Aktiv Kapital Portfolio Investments	
	C-122/14	*Pb.C* 26 mei 2014, afl. 159, 14
	Aktiv Kapital Portfolio Investments tegen Ángel Luis Egea Torregrosa	

16 mei 2014 Costea
C-110/14 *Pb.C* 10 juni 2014, afl. 75, 21
Horațiu-Ovidiu Costea tegen SC Volksbank România SA

19 september 2014 CD Consulting
C-328/14 *Pb.C* 6 oktober 2014, afl. 351, 3
CD Consulting s.r.o. tegen Anna Pančurová e.a.

26 september 2014 Bucura
C-348/14 *Pb.C* 13 oktober 2014, afl. 361, 4-5
Maria Bucura tegen SC Bancpost SA

17 oktober 2014 Sales Sinués
C-381/14 *Pb.C* 3 november 2014, afl. 388, 3
Jorge Sales Sinués tegen Caixabank S.A.

17 oktober 2014 Drame Ba
C-385/14 *Pb.C* 3 november 2014, afl. 388, 4-5
Youssouf Drame Ba tegen Catalunya Caixa S.A.

24 oktober 2014 Radlinger en Radlingerová
C-377/14 *Pb.C* 10 november 2014, afl. 395, 22
Ernst Georg Radlinger en Helena Radlingerová tegen Finway a.s.

7 november 2014 Banco Primus
C-421/14 *Pb.C* 24 november 2014, afl. 421, 19
Banco Primus S.A. tegen Jesús Gutiérrez García

23 januari 2015 Fernández Oliva
Jordi Carné Hidalgo en Aracil Garcia
Robirosa Carrera en Romera Navales
C-568/14 t.e.m. C-570/14 *Pb.C* 9 februari 2015, afl. 46, 34-36
Ismael Fernández Oliva tegen Caixabank, S.A.
Jordi Carné Hidalgo en Anna Aracil Gracia tegen Catalunya Banc, S.A.
Nuria Robirosa Carrera en César Romera Navales
tegen Banco Popular Español, S.A.

1.2. DE RICHTLIJN IN VIER TALEN

Nederlands

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

Consideransen

1 Overwegende dat de maatregelen dienen te worden vastgesteld die ertoe bestemd zijn de interne markt geleidelijk tot stand te brengen in de loop van een periode die op 31 december 1992 afloopt; dat de interne markt een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd;

2 Overwegende dat de wetgevingen van de Lid-Staten betreffende de bedingen van overeenkomsten tussen de verkoper van goederen of de dienstverrichter enerzijds en de consument anderzijds talrijke verschillen vertonen, zodat de nationale markten voor de verkoop van goederen en het aanbieden van diensten aan consumenten onderling uiteenlopen en verstoringen van de concurrentieverhoudingen tussen de verkopers en de dienstverrichters kunnen ontstaan, met name bij het op de markt brengen in andere Lid-Staten;

3 Overwegende in het bijzonder dat de wetgevingen van de Lid-Staten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten aanzienlijke verschillen vertonen;

4 Overwegende dat het de taak van de Lid-Staten is erop toe te zien dat geen oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten worden opgenomen;

5 Overwegende dat over het algemeen de consument de rechtsregels niet kent die in andere Lid-Staten dan het land waarin hij woont, gelden voor overeenkomsten voor de verkoop van goederen of het aanbieden van diensten; dat dit gebrek aan kennis hem van rechtstreekse transacties van aankoop van goederen of betreffende dienstverrichtingen in een andere Lid-Staat kan afhouden;

6 Overwegende dat het, ten einde de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken en de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden bij het kopen van goederen en bij dienstverrichtingen op basis van overeenkomsten waarop de wetgeving van een andere Lid-Staat dan de zijne van toepassing is, van essentieel belang is oneerlijke bedingen uit deze overeenkomsten te weren;

7 Overwegende dat daarmee de verkopers van goederen en de dienstverrichters bij hun activiteit als verkoper van goederen en als dienstverrichter, zowel in het eigen land als elders in de interne markt, zullen worden geholpen; dat aldus de mededinging wordt gestimuleerd, waardoor de burgers van de Gemeenschap als consument betere keuzemogelijkheden worden geboden;

Italiaans

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

considerando che è opportuno adottare le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992; che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali;

considerando che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole nei contratti stipulati tra il venditore di beni o il prestatario di servizi, da un lato, ed il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita di beni ed all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatari di servizi soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati membri;

considerando in particolare che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori presentano accentuate divergenze;

onsiderando che spetta agli Stati membri fare in modo che clausole abusive non siano incluse nei contratti stipulati con i consumatori;

considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro;

considerando che, per facilitare la creazione del mercato interno e per tutelare il cittadino che acquisisce, in qualità di consumatore, beni o servizi mediante contratti disciplinati dalla legislazione di Stati membri diversi dal proprio, è indispensabile eliminare le clausole abusive da tali contratti;

considerando che in questo modo i venditori di beni e i prestatari di servizi saranno facilitati nelle loro attività commerciali sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico e che sarà stimolata la concorrenza, contribuendo così a maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori;

Frans

Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Engels

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

Consideransen

1 considérant qu'il importe d'arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992; que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée;

Whereas it is necessary to adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market before 31 December 1992; whereas the internal market comprises an area without internal frontiers in which goods, persons, services and capital move freely;

2 considérant que les législations des États membres concernant les clauses dans les contrats conclus entre, d'une part, le vendeur de biens ou le prestataire de services et le consommateur, d'autre part, présentent de nombreuses disparités, avec pour conséquences que les marchés nationaux relatifs à la vente de biens et à l'offre de services aux consommateurs diffèrent les uns des autres et que des distorsions de concurrence peuvent surgir parmi les vendeurs et les prestataires de services, spécialement lors de la commercialisation dans d'autres États membres;

Whereas the laws of Member States relating to the terms of contract between the seller of goods or supplier of services, on the one hand, and the consumer of them, on the other hand, show many disparities, with the result that the national markets for the sale of goods and services to consumers differ from each other and that distortions of competition may arise amongst the sellers and suppliers, notably when they sell and supply in other Member States;

3 considérant, en particulier, que les législations des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs laissent apparaître des divergences marquées;

Whereas, in particular, the laws of Member States relating to unfair terms in consumer contracts show marked divergences;

4 considérant qu'il incombe aux États membres de veiller à ce que des clauses abusives ne soient pas incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs;

Whereas it is the responsibility of the Member States to ensure that contracts concluded with consumers do not contain unfair terms;

5 considérant que, généralement, le consommateur ne connaît pas les règles de droit qui, dans les États membres autres que le sien, régissent les contrats relatifs à la vente de biens ou à l'offre de services; que cette méconnaissance peut le dissuader de faire des transactions directes d'achat de biens ou de fourniture de services dans un autre État membre;

Whereas, generally speaking, consumers do not know the rules of law which, in Member States other than their own, govern contracts for the sale of goods or services; whereas this lack of awareness may deter them from direct transactions for the purchase of goods or services in another Member State;

6 considérant que, en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives;

Whereas, in order to facilitate the establishment of the internal market and to safeguard the citizen in his role as consumer when acquiring goods and services under contracts which are governed by the laws of Member States other than his own, it is essential to remove unfair terms from those contracts;

7 considérant que les vendeurs de biens et les prestataires de services seront, de cette façon, aidés dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur; que la concurrence sera ainsi stimulée, contribuant de la sorte à accroître le choix des citoyens de la Communauté, en tant que consommateurs;

Whereas sellers of goods and suppliers of services will thereby be helped in their task of selling goods and supplying services, both at home and throughout the internal market; whereas competition will thus be stimulated, so contributing to increased choice for Community citizens as consumers;

	Nederlands	*Italiaans*
	Considerans	
8	Overwegende dat in de twee Gemeenschapsprogramma's voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument (4) is gewezen op het belang van de bescherming van de consument op het gebied van oneerlijke bedingen in overeenkomsten; dat in deze bescherming moet worden voorzien door middel van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die hetzij op communautair niveau zijn geharmoniseerd, hetzij rechtstreeks op dat niveau zijn vastgesteld;	considerando che i due programmi della Comunità per una politica di protezione e di informazione dei consumatori (4) hanno sottolineato l'importanza di tutelare i consumatori per quanto riguarda le clausole contrattuali abusive; che tale protezione deve essere assicurata mediante disposizioni legislative e regolamentari armonizzate a livello comunitario o adottate direttamente a tale livello;
9	Overwegende dat, overeenkomstig het beginsel dat onder het hoofd "bescherming van de economische belangen van de consument" in deze twee programma's is vastgelegd, kopers van goederen of dienstenontvangers moeten worden beschermd tegen misbruik van de machtspositie van de verkoper respectievelijk de dienstverrichter, in het bijzonder tegen toetredingsovereenkomsten en de oneerlijke uitsluiting van rechten in overeenkomsten;	considerando che secondo il principio stabilito nel capitolo « Protezione degli interessi economici dei consumatori » dei due programmi, gli acquirenti di beni o di servizi devono essere protetti dagli abusi di potere del venditore o del prestatario, in particolare dai contratti di adesione e dall'esclusione abusiva di diritti essenziali nei contratti;
10	Overwegende dat door het vaststellen van eenvormige voorschriften op het gebied van oneerlijke bedingen een doeltreffender bescherming van de consument kan worden bewerkstelligd; dat deze voorschriften van toepassing moeten zijn op alle overeenkomsten tussen verkopers en consumenten; dat bijgevolg met name van deze richtlijn zijn uitgesloten arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten betreffende erfrechten, overeenkomsten met betrekking tot de gezinssituatie en overeenkomsten met betrekking tot de oprichting en de statuten van vennootschappen;	considerando che si può realizzare una più efficace protezione del consumatore adottando regole uniformi in merito alle clausole abusive; che tali regole devono applicarsi a qualsiasi contratto stipulato fra un professionista ed un consumatore; che sono segnatamente esclusi dalla presente direttiva i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società;
11	Overwegende dat de consument in het kader van een mondelinge overeenkomst dezelfde bescherming moet genieten als in dat van een schriftelijke overeenkomst en, in dat laatste geval, ongeacht het feit dat de voorwaarden daarvan in een of in meer documenten zijn vervat;	considerando che il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto e, in quest'ultimo caso, indipendentemente dal fatto che i termini del contratto siano contenuti in uno o più documenti;
12	Overwegende evenwel dat bij de huidige stand van de nationale wetgevingen slechts een gedeeltelijke harmonisatie in aanmerking komt; dat met name alleen de bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld onder deze richtlijn vallen; dat het van belang is de Lid-Staten de mogelijkheid te geven met inachtneming van het Verdrag in een hoger beschermingsniveau voor de consument te voorzien door middel van nationale voorschriften die strenger zijn dan die van deze richtlijn;	considerando tuttavia che per le legislazioni nazionali nella loro forma attuale è concepibile solo un'armonizzazione parziale; che, in particolare, sono oggetto della presente direttiva soltanto le clausole non negoziate individualmente; che pertanto occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della presente direttiva;
13	Overwegende dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten waarin bedingen van overeenkomsten met consumenten, direct of indirect, worden vastgesteld, worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten; dat het bijgevolg niet nodig blijkt bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen dan wel beginselen of bepalingen van internationale overeenkomsten waarbij de Lid-Staten of de Gemeenschap partij zijn, aan de bepalingen van deze richtlijn te onderwerpen; ➢	considerando che si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte; ➢

	Frans	*Engels*
Consideransen		
8	considérant que les deux programmes communautaires pour une politique de protection et d'information des consommateurs (4) ont souligné l'importance de la protection des consommateurs dans le domaine des clauses contractuelles abusives; que cette protection doit être assurée par des dispositions législatives et réglementaires, soit harmonisées au niveau communautaire, soit prises directement à ce niveau;	Whereas the two Community programmes for a consumer protection and information policy (4) underlined the importance of safeguarding consumers in the matter of unfair terms of contract; whereas this protection ought to be provided by laws and regulations which are either harmonized at Community level or adopted directly at that level;
9	considérant que, selon le principe énoncé dans ces deux programmes, sous le titre « protection des intérêts économiques des consommateurs », les acquéreurs de biens ou de services doivent être protégés contre les abus de puissance du vendeur ou du prestataire, en particulier contre les contrats d'adhésion et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats;	Whereas in accordance with the principle laid down under the heading 'Protection of the economic interests of the consumers', as stated in those programmes: 'acquirers of goods and services should be protected against the abuse of power by the seller or supplier, in particular against one-sided standard contracts and the unfair exclusion of essential rights in contracts';
10	considérant qu'une protection plus efficace du consommateur peut être obtenue par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives; que ces règles doivent s'appliquer à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur; que, par conséquent, sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés;	Whereas more effective protection of the consumer can be achieved by adopting uniform rules of law in the matter of unfair terms; whereas those rules should apply to all contracts concluded between sellers or suppliers and consumers; whereas as a result inter alia contracts relating to employment, contracts relating to succession rights, contracts relating to rights under family law and contracts relating to the incorporation and organization of companies or partnership agreements must be excluded from this Directive;
11	considérant que le consommateur doit bénéficier de la même protection, tant dans le cadre d'un contrat oral que dans celui d'un contrat écrit et, dans ce dernier cas, indépendamment du fait que les termes de celui-ci sont contenus dans un ou plusieurs documents;	Whereas the consumer must receive equal protection under contracts concluded by word of mouth and written contracts regardless, in the latter case, of whether the terms of the contract are contained in one or more documents;
12	considérant, toutefois, qu'en l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable; que, notamment, seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive; qu'il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive;	Whereas, however, as they now stand, national laws allow only partial harmonization to be envisaged; whereas, in particular, only contractual terms which have not been individually negotiated are covered by this Directive; whereas Member States should have the option, with due regard for the Treaty, to afford consumers a higher level of protection through national provisions that are more stringent than those of this Directive;
13	considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou des dispositions de conventions internationales dont les États membres ou la Communauté sont partis; ➢	Whereas the statutory or regulatory provisions of the Member States which directly or indirectly determine the terms of consumer contracts are presumed not to contain unfair terms; whereas, therefore, it does not appear to be necessary to subject the terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the principles or provisions of international conventions to which the Member States or the Community are party; ➢

Nederlands	*Italiaans*
Consideransen	
13 (vervolg)	
dat in dat verband onder de term "dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen" tevens de regels vallen die volgens de wet van toepassing zijn tussen de overeenkomstsluitende partijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen;	che a questo riguardo l'espressione « disposizioni legislative o regolamentari imperative » che figura all'articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo;
14 Overwegende evenwel dat de Lid-Staten erop moeten toezien dat zulke oneerlijke bedingen er niet in voorkomen, met name met het oog op het feit dat deze richtlijn ook van toepassing is op beroepsactiviteiten met een openbaar karakter;	considerando peraltro che gli Stati membri devono provvedere affinché non siano inserite clausole abusive, in particolare in quanto la presente direttiva riguarda anche le attività professionali di carattere pubblico;
15 Overwegende dat de criteria voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen op algemene wijze moeten worden vastgesteld;	considerando che è necessario fissare in generale i criteri per valutare il carattere abusivo delle clausole contrattuali;
16 Overwegende dat de beoordeling, aan de hand van de vastgestelde algemene criteria, van het oneerlijke karakter van bedingen, met name met betrekking tot beroepsactiviteiten met een openbaar karakter betreffende collectieve diensten waarbij een solidariteit tussen de gebruikers wordt vooropgesteld, moet worden aangevuld met een middel voor de afweging van de onderscheidene belangen die in het geding zijn; dat dit de goede trouw is; dat er bij de beoordeling van de goede trouw in het bijzonder moet worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming met het beding te betuigen en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd; dat de verkoper aan de eis van goede trouw kan voldoen door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen;	considerando che la valutazione, secondo i criteri generali stabiliti, del carattere abusivo di clausole, in particolare nell'ambito di attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi che presuppongono una solidarietà fra utenti, deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore; che il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi;
17 Overwegende dat in het kader van deze richtlijn de lijst van bedingen in de bijlage slechts indicatief kan zijn en dat zij, gelet op dit minimumkarakter, door de Lid-Staten in het kader van hun nationale wetgeving aangevuld of beperkender geformuleerd kan worden, met name wat de draagwijdte van die bedingen betreft;	considerando che, ai fini della presenta direttiva, l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formulario in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole;
18 Overwegende dat de aard van de goederen of de diensten van invloed moet zijn op de beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen;	considerando che la natura dei beni o servizi deve entrare nella valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali;
19 Overwegende dat in het kader van deze richtlijn de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding geen betrekking mag hebben op de bedingen waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de verhouding kwaliteit/prijs van de levering of dienst wordt omschreven; dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de verhouding kwaliteit/prijs niettemin in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen; ➢	considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo; ➢

Frans	*Engels*
Consideransen	
13 (vervolg)	
que, à cet égard, l'expression « dispositions législatives ou réglementaires impératives » figurant à l'article 1er paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu;	whereas in that respect the wording 'mandatory statutory or regulatory provisions' in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established;
14 considérant, toutefois, que les États membres doivent veiller à ce que des clauses abusives n'y figurent pas, notamment parce que la présente directive s'applique également aux activités professionnelles à caractère public;	Whereas Member States must however ensure that unfair terms are not included, particularly because this Directive also applies to trades, business or professions of a public nature;
15 considérant qu'il est nécessaire de fixer de façon générale les critères d'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles;	Whereas it is necessary to fix in a general way the criteria for assessing the unfair character of contract terms;
16 considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers, nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués; que ceci constitue l'exigence de bonne foi; que, dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur; que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes;	Whereas the assessment, according to the general criteria chosen, of the unfair character of terms, in particular in sale or supply activities of a public nature providing collective services which take account of solidarity among users, must be supplemented by a means of making an overall evaluation of the different interests involved; whereas this constitutes the requirement of good faith; whereas, in making an assessment of good faith, particular regard shall be had to the strength of the bargaining positions of the parties, whether the consumer had an inducement to agree to the term and whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer; whereas the requirement of good faith may be satisfied by the seller or supplier where he deals fairly and equitably with the other party whose legitimate interests he has to take into account;
17 considérant que, pour les besoins de la présente directive, la liste des clauses figurant en annexe ne saurait avoir qu'un caractère indicatif et que, en conséquence du caractère minimal, elle peut faire l'objet d'ajouts ou de formulations plus limitatives notamment en ce qui concerne la portée de ces clauses, par les États membres dans le cadre de leur législation;	Whereas, for the purposes of this Directive, the annexed list of terms can be of indicative value only and, because of the cause of the minimal character of the Directive, the scope of these terms may be the subject of amplification or more restrictive editing by the Member States in their national laws;
18 considérant que la nature des biens ou services doit avoir une influence sur l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles;	Whereas the nature of goods or services should have an influence on assessing the unfairness of contractual terms;
19 considérant que, pour les besoins de la présente directive, l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation; que l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent, néanmoins, être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses; ➢	Whereas, for the purposes of this Directive, assessment of unfair character shall not be made of terms which describe the main subject matter of the contract nor the quality/price ratio of the goods or services supplied; whereas the main subject matter of the contract and the price/quality ratio may nevertheless be taken into account in assessing the fairness of other terms; ➢

	Nederlands	*Italiaans*
	Considerans	
19	(vervolg) dat hier onder andere uit voortvloeit dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie;	che ne consegue tra l'altro che, nel caso di contratti assicurativi, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazioe qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore;
20	Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert;	considerando che i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili, che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole e che, in caso di dubbio, deve prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore;
21	Overwegende dat de Lid-Staten de nodige maatregelen dienen te treffen om te voorkomen dat in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument oneerlijke bedingen worden opgenomen; dat, als toch dergelijke bedingen zijn opgenomen, deze de consument niet binden en de overeenkomst de partijen blijft binden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan;	considerando che gli Stati membri devono prendere le misure necessarie per evitare l'inserzione di clausole abusive in contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori; che se, ciò nonostante, tali clausole figurano in detti contratti, esse non vincoleranno il consumatore, e il contratto resta vincolante per le parti secondo le stesse condizioni, qualora possa sussistere anche senza le clausole abusive;
22	Overwegende dat in sommige gevallen het gevaar bestaat dat de consument de door deze richtlijn geboden bescherming wordt ontzegd door het recht van een derde land aan te wijzen als het op de overeenkomst toepasselijke recht; dat derhalve in deze richtlijn bepalingen moeten worden opgenomen om dit gevaar uit te sluiten;	considerando che in alcuni casi esiste il rischio di privare il consumatore della protezione accordata dalla presente direttiva designando come legge applicabile al contratto la legge di un paese terzo e che di conseguenza è opportuno prevedere nella presente direttiva disposizioni destinate ad evitare questo rischio;
23	Overwegende dat personen of organisaties die volgens de wetgeving van een Lid-Staat worden geacht een legitiem belang bij de bescherming van de consument te hebben, in de gelegenheid moeten worden gesteld om tegen met het oog op algemeen gebruik geredigeerde bedingen in overeenkomsten met consumenten, en in het bijzonder oneerlijke bedingen, op te komen, hetzij voor een gerechtelijke, hetzij voor een administratieve instantie, die bevoegd is om over de klacht uitspraak te doen of om de passende gerechtelijke procedures in te stellen; dat zulks evenwel geen voorafgaande toetsing inhoudt van de algemene voorwaarden die in een bepaalde economische sector worden toegepast;	considerando che le persone o le organizzazioni che in base alla legge di uno Stato membro hanno un interesse legittimo a tutelare il consumatore devono avere la possibilità di avviare un procedimento in merito alle clausole contrattuali redatte in vista di una loro inserzione generalizzata nei contratti stipulati con consumatori e in particolare in merito alle clausole abusive, davanti ad un'autorità giudiziaria od un organo amministrativo competente a decidere dei reclami od a iniziare adeguate azioni giudiziarie; che tale facoltà non implica peraltro un controllo preventivo delle condizioni generali adottate in un particolare settore economico;
24	Overwegende dat de gerechtelijke en administratieve instanties van de Lid-Staten over passende en doeltreffende middelen moeten beschikken om een eind te maken aan de toepassing van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten,	considerando che le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori,
	Artikels	
1	1. Deze richtlijn strekt tot de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument.	1. La presente direttiva è volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

	Frans	*Engels*
Consideransen		
19 (vervolg)	qu'il en découle, entre autres, que, dans le cas de contrats d'assurance, les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur ne font pas l'objet d'une telle appréciation dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur;	whereas it follows, inter alia, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer's liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer;
20	considérant que les contrats doivent être rédigés en termes clairs et compréhensibles; que le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses, et que, en cas de doute, doit prévaloir l'interprétation la plus favorable au consommateur;	Whereas contracts should be drafted in plain, intelligible language, the consumer should actually be given an opportunity to examine all the terms and, if in doubt, the interpretation most favourable to the consumer should prevail;
21	considérant que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires afin d'éviter la présence de clauses abusives dans des contrats conclus avec des consommateurs par un professionnel; que, si malgré tout, de telles clauses venaient à y figurer, elles ne lieront pas le consommateur, et le contrat continuera à lier les parties selon les mêmes termes s'il peut subsister sans les clauses abusives;	Whereas Member States should ensure that unfair terms are not used in contracts concluded with consumers by a seller or supplier and that if, nevertheless, such terms are so used, they will not bind the consumer, and the contract will continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair provisions;
22	considérant qu'il existe le risque, dans certains cas, de priver le consommateur de la protection accordée par la présente directive en désignant le droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat; que, en conséquence, il convient de prévoir dans la présente directive des dispositions visant à éviter ce risque;	Whereas there is a risk that, in certain cases, the consumer may be deprived of protection under this Directive by designating the law of a non-Member country as the law applicable to the contract; whereas provisions should therefore be included in this Directive designed to avert this risk;
23	considérant que les personnes ou les organisations ayant, selon la législation d'un État membre, un intérêt légitime à protéger le consommateur, doivent avoir la possibilité d'introduire un recours contre des clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée dans des contrats conclus avec des consommateurs, et en particulier, contre des clauses abusives, soit devant une autorité judiciaire soit devant un organe administratif compétents pour statuer sur les plaintes ou pour engager les procédures judiciaires appropriées; que cette faculté n'implique, toutefois, pas un contrôle préalable des conditions générales utilisées dans tel ou tel secteur économique;	Whereas persons or organizations, if regarded under the law of a Member State as having a legitimate interest in the matter, must have facilities for initiating proceedings concerning terms of contract drawn up for general use in contracts concluded with consumers, and in particular unfair terms, either before a court or before an administrative authority competent to decide upon complaints or to initiate appropriate legal proceedings; whereas this possibility does not, however, entail prior verification of the general conditions obtaining in individual economic sectors;
24	considérant que les autorités judiciaires et organes administratifs des États membres doivent disposer de moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'application de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs,	Whereas the courts or administrative authorities of the Member States must have at their disposal adequate and effective means of preventing the continued application of unfair terms in consumer contracts,
Artikels		
1	1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.	1. The purpose of this Directive is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to unfair terms in contracts concluded between a seller or supplier and a consumer.

Artikels	*Nederlands*	*Italiaans*
1 (vervolg)	2. Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de Lid-Staten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen.	2. Le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva.
2	In deze richtlijn wordt verstaan onder a) oneerlijke bedingen: de bedingen van een overeenkomst zoals die in artikel 3 zijn omschreven; b) consument: iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen; c) verkoper: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.	Ai fini della presente direttiva si intende per: a) « clausole abusive »: le clausole di un contratto quali sono definite all'articolo 3; b) « consumatore »: qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale; c) « professionista »: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica o privata.
3	1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt 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.	1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.
	2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben. Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst. Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.	2. Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione. Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova.
	3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.	3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive.
4	1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.	1. Fatto salvo l'articolo 7, il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende.

	Frans	*Engels*
Artikels		
1 (vervolg)	2. Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.	2. The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions to which the Member States or the Community are party, particularly in the transport area, shall not be subject to the provisions of this Directive.
2	Aux fins de la présente directive, on entend par: a) « clauses abusives »: les clauses d'un contrat telles qu'elles sont définies à l'article 3; b) « consommateur »: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle; c) « professionnel »: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.	For the purposes of this Directive: (a) 'unfair terms means the contractual terms defined in Article 3; (b) 'consumer' means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession; (c) 'seller or supplier' means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned
3	1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.	1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.
	2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.	2. A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract. The fact that certain aspects of a term or one specific term have been individually negotiated shall not exclude the application of this Article to the rest of a contract if an overall assessment of the contract indicates that it is nevertheless a pre-formulated standard contract.
	Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. 3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.	Where any seller or supplier claims that a standard term has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him. 3. The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair.
4	1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.	1. Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.

Artikels	*Nederlands*	*Italiaans*
4 (vervolg)	2. De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.	2. La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile.
5	In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in artikel 7, lid 2, bedoelde procedures.	Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, paragrafo 2.
6	1. De Lid-Staten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. 2. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de consument de door deze richtlijn geboden bescherming niet wordt ontzegd door de keuze van het recht van een derde land als recht dat op de overeenkomst van toepassing is, wanneer er een nauwe band bestaat tussen de overeenkomst en het grondgebied van een Lid-Staat.	1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. 2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro.
7	1. De Lid-Staten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers. 2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen. 3. Met inachtneming van de nationale wetgeving kunnen de in lid 2 vermelde beroepen, afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene contractuele bedingen	1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole. 3. Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi menzionati al paragrafo 2 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili.

Artikels	*Frans*	*Engels*
4 (vervolg)	2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.	2. Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplies in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language.
5	Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues à l'article 7 paragraphe 2.	In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. This rule on interpretation shall not apply in the context of the procedures laid down in Article 7 (2).
6	1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.	1. Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms 2. Member States shall take the necessary measures to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-Member country as the law applicable to the contract if the latter has a close connection with the territory of the Member States.
7	1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. 2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses. 3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.	1. Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers. 2. The means referred to in paragraph 1 shall include provisions whereby persons or organizations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms. 3. With due regard for national laws, the legal remedies referred to in paragraph 2 may be directed separately or jointly against a number of sellers or suppliers from the same economic sector or their associations which use or recommend the use of the same general contractual terms or similar terms.

	Nederlands	*Italiaans*
Artikels		
8	Ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument kunnen de Lid-Staten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Verdrag.	Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore.
9	De Commissie brengt uiterlijk vijf jaar na de in artikel 10, lid 1, genoemde datum bij het Europees Parlement en de Raad verslag uit over de toepassing van deze richtlijn.	Entro cinque anni dalla data di cui all'articolo 10, paragrafo 1, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della presente direttiva.
10	1. De Lid-Staten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 31 december 1994 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis. Deze bepalingen zijn van toepassing op alle overeenkomsten die na 31 december 1994 worden gesloten. 2. Wanneer de Lid-Staten deze bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen naar de onderhavige richtlijn verwezen of wordt hiernaar verwezen bij de officiële bekendmaking van die bepalingen. De regels voor deze verwijzing worden vastgesteld door de Lid-Staten. 3. De Lid-Staten delen de Commissie de tekst mede van de voornaamste bepalingen van intern recht die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.	1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 dicembre 1994. Essi ne informano immediatamente la Commissione. Queste disposizioni sono applicabili a tutti i contratti stipulati dopo il 31 dicembre 1994. 2. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Gli Stati membri adottano le modalità di tale riferimento. 3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.
11	Deze richtlijn is gericht tot de Lid-Staten.	Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

	Frans	*Engels*
Artikels		
8	Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.	Member States may adopt or retain the most stringent provisions compatible with the Treaty in the area covered by this Directive, to ensure a maximum degree of protection for the consumer.
9	La Commission soumet au Parlament européen et au Conseil, cinq ans au plus tard après la date visée à l'article 10 paragraphe 1, un rapport concernant l'application de la présente directive.	The Commission shall present a report to the European Parliament and to the Council concerning the application of this Directive five years at the latest after the date in Article 10 (1).
10	1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 décembre 1994. Ils en informent immédiatement la Commission. Ces dispositions sont applicables à tous les contrats conclus après le 31 décembre 1994.	1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive no later than 31 December 1994. They shall forthwith inform the Commission thereof. These provisions shall be applicable to all contracts concluded after 31 December 1994.
	2. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.	2. When Member States adopt these measures, they shall contain a reference to this Directive or shall be accompanied by such reference on the occasion of their official publication. The methods of making such a reference shall be laid down by the Member States.
	3. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.	3. Member States shall communicate the main provisions of national law which they adopt in the field covered by this Directive to the Commission.
11	Les États membres sont destinataires de la présente directive.	This Directive is addressed to the Member States.

(De Bijlage werd niet opgenomen.)

1.3. DOCUMENT SEC(92)1944 DEF.

Hieronder wordt de tekst van het voorbereidend document SEC(92)1944 def. weergegeven. Het betreft de toezending d.d. *22 oktober 1992 door de Commissie aan het Europees Parlement van het gemeenschappelijk standpunt van de Raad* d.d. *22 september 1992 (zitting 1603), met inbegrip van verklaringen van de Commissie over dat standpunt.*

Gezien de Franse versie het meest kwalitatief overkomt, wordt deze samen met de Nederlandse vertaling overgenomen uit de (getypte) correspondentie. Het document is enkel beschikbaar op aanvraag en dus niet op de website van EUR-Lex.

Frans	*Nederlands*
Hoofding	
COMMUNAUTES EUROPEENNES LE CONSEIL Bruxelles, le 28 octobre 1992 9610/92 – RESTREINT – CONSOM 68	EUROPESE GEMEENSCHAPPEN DE RAAD Brussel, 28 oktober 1992 (03.11 OR. f) 9610/92 – RESTREINT – CONSOM 68
COPIE LETTRE	VERTALING BRIEF
de la : Commission des Communautés européennes, signée par M. Jean DONDELINGER, Membre	van : de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ondertekend door de heer Jean DONDELINGER, Lid
en date du : 22 octobre 1992	d.d. : 22 oktober 1992
à : S.E. M. Douglas HURD, Président du Conseil des Communautés européennes	aan : de heer Douglas HURD, Voorzitter van de Raad van de Europese Gemeenschappen
n° doc. préc. : 7937/92 CONSOM 46	Nr. vorig doc. : 7937/92 CONSOM 46
n° prop. Cion. : 9610/92 CONSOM 68 SEC(92) 1944 final SYN 285	
Objet : Communication de la Commission au Parlement européen concernant la position commune du Conseil sur la proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs	Betreft : Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad over de ontwerp-richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten
Begeleidende brief	
Monsieur le Président, J'ai l'honneur de vous remettre, pour l'information du Conseil, une communication de la Commission au Parlement européen contenant la déclaration de la Commission sur la position commune du Conseil du 22 septembre 1992 sur la proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs (COM(90) 322 final SYN 285 modifié par COM(92) 66 final SYN 285). (Formule de politesse). (s.) Jean DONDELINGER P.J. : doc. SEC{92) 1944 final SYN 28	Mijnheer de Voorzitter, dierbij doe ik U ter informatie van de Raad een mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement toekomen met daarin de verklaring van de Commissie over het gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 22 september 1992 over de ontwerp-richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (COM(90) 322 def./SYN 285, als gewijzigd bij COM(92) 66 def./SYN 285). (Beleefdheidsformule). B.S. doc. SEC(92) 1944 def./SYN 285 w.g. Jean DONDELINGER
Voorblad	
COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPEEN conformément à l'article 149, paragraphe 2, alinéa b) du traité CEE	MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT op grond van artikel 149, lid 2, onder b) van het EEG-Verdrag

Voorblad (vervolg)

Position commune du Conseil sur la proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs
(COM(92) 66 final).

Gemeenschappelijk standpunt van de Raad over de ontwerprichtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten
(COM(92) 66 def)

Overwegingen – Pagina 1

Objet:

Position commune du Conseil sur la proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (COM(92) 66 final)

Betreft:

Gemeenschappelijk standpunt van de Raad over de ontwerprichtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (COM(92) 66 def.).

1 Historique du dossier

- Transmission de la proposition (COM(90) 322 final) au Conseil le 24 juillet 1990.
- Avis du CES le 24 avril 1991.
- Avis du Parlement Européen on première lecture le 20 novembre 1991.
- Transmission de la proposition modifiée (COM(92) 66 final) au Conseil le 5 mars 1992.
- Adoption de la position commune le 22 septembre 1992.

Geschiedenis van het dossier

- Indiening van het voorstel (COM(90) 322 def.) bij de Raad op 24 juli 1990.
- Advies van de ESC op 24 april 1991.
- Advies van het Europese parlement in eerste lezing op 20 november 1991.
- Indiening van het gewijzigde voorstel (COM(92) 66 def.) aan de Raad op 5 maart 1992.
- Goedkeuring van het gemeenschappelijke standpunt op 22 september 1992.

2 Objet de la proposition de la Commission

La proposition de directive vise à rapprocher les législations des Etats membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs afin d'assurer à ces derniers un niveau élevé de protection dans l'ensemble des pays de la Communauté. Le but recherché consiste à éliminer la présence des clauses abusives dans ces contrats et, en tout cas, empêcher que les consommateurs soient liés par de telles clauses.

Doel van het voorstel van de Commissie

De ontwerp-richtlijn heeft ten doel de wetgeving van de Lid-Staten inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten onderling aan te passen opdat de consument in alle Lid-Staten van de Gemeenschappen goed wordt beschermd. Gestreefd wordt naar het weren van oneerlijke bedingen in deze overeenkomsten en in ieder geval wil de Richtlijn verhinderen dat de consument hierdoor gebonden wordt.

Overwegingen – Pagina 2

3 Commentaires sur la position commune

Op- en aanmerkingen op het gemeenschappelijk standpunt

3.1 La position commune adoptée par le Conseil permet d'atteindre les principaux buts poursuivis. A partir du moment où cette directive aura été transposée par tous les Etats membres (31 décembre 1994 selon la position commune), la confiance des consommateurs à l'égard des clauses contractuelles sera accrue car les clauses standardisées ayant un caractère abusif pourront leur être inopposables.

3.1 Het gemeenschappelijke standpunt van de Raad biedt de mogelijkheid om de voornaamste doelstellingen te bereiken. Zodra deze richtlijn door alle Lid-Staten zal zijn omgezet (overeenkomstig het gemeenschappelijke standpunt op 31 december 1994), zal de consument meer vertrouwen kunnen hebben in de bedingen van een overeenkomst, want op eventuele oneerlijke gestandaardiseerde bedingen kan dan geen beroep meer tegen hem worden ingesteld.

Les Etats membres auront l'obligation de mettre en œuvre des moyens adéquats et efficaces pour faire cesser l'utilisation de telles clauses dans les contrats standardisés ou dans les conditions contractuelles générales utilisées par les professionnels et, en tout cas, les associations de consommateurs auront le droit de saisir les tribunaux ou les organes administratifs compétents pour faire éliminer les clauses abusives des contrats rédigés en vue d'une utilisation généralisée ou des recommandations des associations d'entreprises.

De Lid-Staten zullen dan verplicht zijn om ervoor te zorgen dat dergelijke bedingen in gestandaardiseerde overeenkomsten of in de algemene contractuele voorwaarden van de betreffende vakkringen niet meer worden gebruikt. In ieder geval krijgen de consumentenbonden het recht om met het oog op een algemene toepassing of aanbeveling aan verenigingen van bedrijven de rechter of de bevoegde overheidsorganen in te schakelen om oneerlijke bedingen in opgestelde overeenkomsten te laten schrappen.

Overwegingen – Pagina 3 (vervolg)

(…)

3 (vervolg)

3.2 La Commission a repris dans sa proposition modifiée les amendements n° 2, 3, 4, 11, 16, 29, 30, 35, 36, 41, 45. 53. 54, 56, et 61, bien que, parfois, sous une nouvelle rédaction. Les amendements n° 7, 9, 13, 14, 17, 18, 31, 50 et 59 ont aussi été partiellement repris par la Commission.	3.2 De Commissie heeft in haar gewijzigde voorstel de amendementen nrs. 2. 3, 4, 11, 16, 29. 30. 35, 36. 41, 45, 53, 54. 56 en 61 overgenomen, zij het in sommige gevallen in een nieuwe redactie. De amendementen nrs. 7, 9, 13. 14, 17, 18, 31. 50 en 59 zijn eveneens gedeeltelijk door de Commissie overgenomen.
La plupart de ces amendements se trouvent intégrés d'une façon directe ou indirecte dans le texte de la position commune.	Het merendeel van deze amendementen is nog steeds duidelijk in het gemeenschappelijke standpunt terug te vinden.

(…)

La position commune du Conseil inclut aussi d'autres amendements du Parlement qui n'avaient pas été repris par la Commission. Il s'agit en premier lieu des amendements 5 et 8 (2). concernant te caractère minimal de la directive pris en compte par le considérant numéro 12 et par l'article 8 de la position commune.	Ook over andere, niet door de Commissie overgenomen amendementen van het Parlement heeft de Raad een gemeenschappelijk standpunt ingenomen. Dit geldt ten eerste voor de amendementen 5 en 8 (2) betreffende het minimumkarakter van de richtlijn, als bedoeld in overweging nr. 12 en artikel 8 van het gemeenschappelijke standpunt.
L'amendement n° 9 (3) trouve aussi, en quelque sorte, une expression à l'article 1 (2) de la position commune. Cet article contient également une exception concernant les conventions internationales, qui rejoint les préoccupations exprimées par le Parlement dans la partie finale de l'amendement 9 (2). L'amendement n° 13, déjà repris en partie par la Commission, au aussi vu son expression renforcée dans la position commune : l'article 4.1 établit clairement que pour l'appréciation du caractère abusif il y a lieu de tenir compte de la nature des biens et services.	Amendement nr. 9 (3) Is tot op zekere hoogte ook in artikel 1 (2) van het gemeenschappelijke standpunt overgenomen. In dit artikel wordt overeenkomstig de door het Parlement in het laatste gedeelte van amendement 9 (2) geuite wens een uitzondering gemaakt voor internationale verdragen. Het ten dele reeds door de Commissie overgenomen amendement nr. 13 is zelfs in het gemeenschappelijke standpunt versterkt: in artikel 4.1 wordt duidelijk bepaald dat bij beoordeling van oneerlijke bedingen rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen en diensten.
Par contre, le Conseil est allé partiellement à l'encontre de la position du Parlement exprimée aux amendements 11 et 36 puisque, tout en affirmant le caractère non exhaustif de la liste contenue à l'annexe, il lui a enlevé son caractère contraignant.	Daarentegen is de Raad door te bevestigen dat de lijst in de bijlage niet-volledig is maar deze niet bindend te verklaren slechts ten dele tegemoet gekomen aan het in de amendementen 11 en 36 van het Parlement geuite verzoek.

Overwegingen – Pagina 4

Les amendements 14, 18 et 54 ont aussi été écartés paf la position commune. Dans l'amendement 14 il s'agit d'une question de rédaction d'importance mineure. L'amendement n° 18 n'est plus repris en raison de la suppression dans la position commune de l'article 6 de la proposition modifiée de la Commission et l'amendement 54 ni figure plus dans le texte en vertu de la nouvelle rédaction du paragraphe k du n° 1 de l'annexe de la position commune exigeant l'existence d'une raison valable pour que le professionnel puisse modifier unilatéralement les caractéristiques du produit ou du service. L'amendement 29 n'est pas non plus expressément repris dans la position commune car il figure déjà implicitement dans l'alinéa b du paragraphe 1 de l'annexe.	Ook de amendementen 14, 18 en 54 zijn in net gemeenschappelijke standpunt geschrapt. Amendement nr. 14 heeft betrekking op een formulering van secundair belang en amendement nr. 18 is niet overgenomen, omdat artikel 6 in het gewijzigde voorstel van de Commissie vervallen is. Amendement 54 komt niet meer in de tekst voor, omdat in de nieuwe redactie van paragraaf k van punt 1 van de bijlage de verkoper een gegronde reden moet nebben om eenzijdig de kenmerken van het produkt of de dienstverlening te mogen wijzigen. Amendement nr. 29 is niet expliciet in het gemeenschappelijke standpunt overgenomen, omdat hetzelfde al in in paragraaf b van punt 1 van de bijlage staat.

Overwegingen – Pagina 4 (vervolg)

La Commission regrette les trois modifications essentielles que la position commune à apporté au texte de sa proposition modifiée : premièrement, le champ d'application de la directive est limité aux clauses qui ne sont pas négociées individuellement; deuxièmement, la directive ne contient plus des dispositions visant à garantir aux consommateurs des droits positifs en ce qui concerne la garantie des biens et des services et troisièmement, la liste i l'annexe n'a plus maintenant qu'un caractère indicatif.

De Commissie betreurt de drie ingrijpende wijzigingen, die als gevolg van het gemeenschappelijke standpunt van de Raad in de tekst van haar gewijzigde voorstel zijn aangebracht: ten eerste is de werkingssfeer van de richtlijn beperkt tot de bedingen, waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, ten tweede bevat de richtlijn geen bepalingen meer die ten doel hebben de consument positieve rechten betreffende de garantie van goederen en diensten te waarborgen, en ten derde heeft de lijst in de bijlage thans alleen nog maar een indicatief karakter.

En ce qui concerne le champ d'application, la Commission regrette sa modification car, tout en admettant des critères plus stricts pour les clauses individuellement négociées et de réserver le contrôle de celles-ci aux situations d'extrême gravité, elle considérait qu'il y avait lieu, néanmoins, de maintenir le champ d'application. Cette dualité dans l'approche des deux types de clauses était soutenue par le C.E.S. et trouvait aussi, en quai que sorte, son appui au Parlement aux amendements 6. 8 et 14 qui démontraient que bien que l'ensemble des clauses contractuelles devaient être visées, la préoccupation principale qui devait être rencontrée était de régir les clauses contractuelles générales et les contrats de type. La suppression de l'article 4 de la proposition modifiée restreint définitivement l'application de la directive aux clauses non négociées et laisse la protection des consommateurs à l'égard des clauses individuellement négociées entièrement soumise aux régimes nationaux. Néanmoins, la définition assez large de clause non-négociée figurant dans la position commune, permettra de couvrir la majorité des cas qui soulèvent des problèmes pour les consommateurs, Il faut remarquer à cet égard que le Parlement Européen aurait souhaité (amendement 9 (1)) que les contrats où toutes les clauses ont été individuellement négociées soient exclus du champ d'application de la directive.

De Commissie betreurt de wijziging van de werkingssfeer. Zij is nl. weliswaar van mening dat strengere criteria van toepassing zouden moeten zijn op de bedingen, waarover afzonderlijk Is onderhandeld, en beperkt de toetsing hiervan tot buitengewoon ernstige situaties, maar vindt dat de werkingssfeer dient te worden gehandhaafd. Deze dualistische benadering is door het Economisch en Sociaal comité en in zekere zin door het parlement in de amendementen 6, 8 en 14 gesteund. Hieruit bleek weliswaar dat de richtlijn op alle bedingen van toepassing moet zijn maar vooral op de algemene bedingen en de modelovereenkomsten. Door het schrappen van artikel 4 van het gewijzigde voorstel wordt de toepassing van de richtlijn definitief beperkt tot de bedingen waarover niet is onderhandeld, en wordt de consument volledig door de nationale regelingen beschermd. In het gemeenschappelijke standpunt wordt echter een vrij ruime definitie gehanteerd van beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zodat de meeste gevallen, waarin consumenten voor problemen komen te staan, hieronder vallen. Er moet in dit opzicht echter op worden gewezen dat het Europese Parlement overeenkomsten, waarin over alle bedingen afzonderlijk is onderhandeld, van de werkingssfeer van de richtlijn had willen uitsluiten (amendement 9 (1)).

Overwegingen – Pagina 5

La position commune inclut partiellement cet amendement : dans un contrat où certaines clauses ont été négociées et d'autres ne l'ont pas été, les premières ne seront pas soumises à la directive. La directive reste néanmoins applicable à l'ensemble du contrat et il incombe au professionnel d'apporter la preuve qu'une clause a été individuellement négociée.

Pagina 4 (Nederlandse versie) (vervolg)

Dit amendement is ten dele in het gemeenschappelijke standpunt opgenomen: in een overeenkomst, waarin over sommige bedingen wel en andere niet onderhandeld is, zullen eerstgenoemde niet onder de richtlijn vallen. De richtlijn blijft echter wel op de gehele overeenkomst van toepassing en de verkoper moet aantonen dat over een beding afzonderlijk is onderhandeld.

Overwegingen – Pagina 5 (vervolg)

L'élimination de l'article 6 de la proposition modifiée est aussi regrettable car celui-ci constituait une première mesure d'harmonisation des dispositions des États membres concernant la garantie des biens et des services octroyant aux consommateurs un niveau minimal de protection dans l'ensemble de la communauté. Cette élimination n'a néanmoins pas résulté d'une opposition de principe des Etats membres à procéder à une harmonisation dans ce domaine, mais plutôt de considérations d'opportunité. Le Conseil a considéré qu'il n'était pas approprié de procéder à une telle harmonisation dans le cadre de la présente directive et a invité la Commission à lui proposer un texte spécifique sur la matière.

La Commission regrette également que la liste présente à l'annexe n'ait plus un caractère contraignant. Il est apparu difficile, face à la diversité des systèmes juridiques, d'établir une longue liste noire qui pourrait réunir l'accord des différents Etats membres. La liste, telle que contenue dans la position commune constitue, néanmoins, une indication utile pour les juges, les autorités nationales et les agents économiques et aidera a préciser, les critères généraux définis à l'article 3 de la directive. C'est pourquoi, la Commission trouve préférable d'avoir une longue liste à caractère exemplatif plutôt qu'une liste contraignante très limitée.

La position commune du Conseil s'est aussi écartée de la proposition modifiée de la Commission en trois autres points.

En premier lieu, les critères de définition de clause abusive présents à l'article 3 ont été simplifiés : l'élimination du deuxième critère a reposé sur la considération que ce critère était déjà implicitement inclus au premier critère.

Pagina 5 (Nederlandse versie)

Het is eveneens betreurenswaardig dat artikel 6 van het gewijzigde voorstel geschrapt is. want dit was een eerste stap in de richting van harmonisatie van de garantiebepalingen van de Lid-Staten inzake goederen en diensten, waardoor de consument overal in de gemeenschap dezelfde bescherming zou genieten. Het schrappen heeft echter bij de Lid-Staten niet tot principieel bezwaar tegen harmonisatie op dit gebied geleid maar veeleer tot bespiegelingen over de wenselijkheid hiervan. De Raad achtte een dergelijke harmonisatie in het kader van deze richtlijn ongepast en heeft de Commissie verzocht om een specifieke tekst hierover in te dienen.

De commissie betreurt tevens dat de thans in de bijlage vermelde lijst niet bindend meer is. Gezien het feit dat de rechtsstelsels verschillen, is het moeilijk gebleken om een lange zwarte lijst op te maken waarmee de verschillende Lid Staten zouden kunnen instemmen. De lijst in het gemeenschappelijke standpunt zou echter een nuttige richtsnoer voor rechters, nationale instanties en economische subjecten kunnen zijn. De algemene criteria in artikel 3 van de richtlijn worden hierdoor toegelicht. Daarom heeft de commissie liever een lange lijst met voorbeelden dan een zeer korte bindende lijst.

Er zijn nog drie punten, waarop het gemeenschappelijke standpunt van de Raad van het gewijzigde voorstel van de Commissie afwijkt. De Commissie vindt dit echter geen probleem.

Ten eerste is het algemeen criterium in artikel 3 vereenvoudigd. Het tweede criterium in het gewijzigde voorstel is geschrapt, omdat dit als in het eerste ligt opgesloten.

Overwegingen – Pagina 6

En deuxième lieu, l'article 4 paragraphe 2 de la position commune exclu l'application du caractère abusif à l'égard de l'objet principal du contrat et du prix. En tout cas, il faut remarques que ce principe n'est applicable que lorsque l'objet du contrat t le prix sont définis de façon claire et compréhensible.

En dernier lieu, l'article 6 de la position commune, correspondant à l'article 7 de la proposition modifiée, ne contient plus l'obligation pour les Etats membres d'interdire l'usage des clauses abusives car cet article ne concerne que la sanction civile applicable aux clauses abusives dans des cas individuels. La sanction civile n'est plus la nullité mais l'inopposabilité au consommateur. Cette sanction d'inopposabilité au consommateur est adéquate aux fins poursuivies, tout en laissant aux Etats membres la liberté de choisir le régime juridique concret de sanction civile appropriée dans le cadre de leurs droits nationaux (nullité relative ou absolue, inexistence, inopposabilité etc.).

Pagina 5 (Nederlandse versie) (vervolg)

Ten tweede zijn in lid 2 van artikel 4 van het gemeenschappelijke standpunt het hoofdvoorwerp van de overeenkomst en de prijs van beoordeling op oneerlijkheid uitgesloten. In ieder geval moet erop worden gewezen dat dit beginsel alleen van toepassing is als het voorwerp van de overeenkomst en de prijs duidelijk en begrijpelijk gedefinieerd zijn.

Ten slotte verplicht het met artikel 7 van het gewijzigde voorstel overeenkomende artikel 6 van hei gemeenschappelijke standpunt de Lid-Staten niet meer het gebruik van oneerlijke bedingen te verbieden Het heeft nl. uitsluitend betrekking op de privaatrechtelijke sanctie op oneerlijke bedingen in afzonderlijke gevallen. De privaatrechtelijke sanctie is niet meer de nietigheid maar de onmogelijkheid om op deze bedingen tegen de consument in beroep te gaan Deze sanctie (het niet in beroep kunnen gaan tegen de consument) beantwoordt aan de gestelde doeleinden en laat de Lid-Staten vrij om de in het kader van het nationale recht de passende rechtsregeling te kiezen (nietigheid, vernietigbaarheid, geen beroep enz.).

Overwegingen – Pagina 6 (vervolg)

Ces sanctions civiles ne sont pas exclusives des modes de contrôle débouchant sur la cessation de l'usage des clauses abusives ou de régimes d'interdiction prévus par les Etats membres dans lesquels l'usage des clauses abusives est sanctionné pénalement.

4 Conclusions

La Commission décide de se rallier à la position commune du Conseil, malgré la diminution de la protection des consommateurs garantie par la proposition modifiée, cette position commune :

- constitue un compromis raisonnable entre les intérêts des consommateurs et ceux des professionnels;
- constitue un grand pas dans le sens de permettre une protection adéquate des consommateurs indépendamment de l'Etat membre où les contrats seront conclus;
- garantit un seuil minimal de protection assez élevé pour les consommateurs, tout en permettant aux Etats membres d'assurer à ceux-ci un niveau de protection encore plus élevé;
- prévoit la remise au Conseil et au Parlement européen d'un rapport concernant l'application de la directive en vertu duquel la Commission se réserve le droit de, à la lumière de l'expérience acquise, présenter une proposition de révision de la directive.

Pagina 6 (Nederlandse versie)

Deze privaatrechtelijke sancties zijn niet uitsluitend middelen om de toepassing van oneerlijke bedingen tegen te gaan met als uiteindelijk resultaat het verdwijnen hiervan en van regelingen van de Lid-Staten, waarin op het gebruik van oneerlijke bedingen een strafrechtelijke sanctie staat.

Conclusies

Ondanks het feit dat het gemeenschappelijke standpunt van de Raad de consument minder bescherming biedt dan het gewijzigde voorstel, besluit de Commissie het over te nemen. Dit gemeenschappelijk voorstel :

- is een redelijk compromis tussen de belangen van de consumenten en de belangen van de verkopers;
- is een grote stap in de richting van een goede bescherming van de consument, onafhankelijk van de Lid-Staat waar de overeenkomst wordt gesloten;
- garandeert de consument een vrij grote minimumbescherming en laat de Lid-Staten vrij om en nog hoger beschermingsniveau te kiezen;
- voorziet in de indiening van een verslag bij de Raad en het Europese Parlement over de toepassing van de richtlijn, op grond waarvan de Commissie zich het recht voorbehoudt om in het licht van de opgedane ervaring een voorstel tot wijziging van de richtlijn in te dienen.

2. BEPALINGEN VAN NATIONAAL RECHT

2.1. BELGISCH RECHT

2.1.1. WETBOEK VAN ECONOMISCH RECHT

Wet (BE) 23 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013
(Uittreksels d.d. 28 april 2015)

BOEK I – DEFINITIES

TITEL 1 – ALGEMENE DEFINITIES

Art. I.1

Behoudens andersluidende bepaling in titel 2, wordt voor de toepassing van dit Wetboek verstaan onder:
1° onderneming: elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen;
2° consument: iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen;
3° minister: de minister bevoegd voor Economie;
4° producten: goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen;
5° dienst: elke prestatie verricht door een onderneming in het kader van haar professionele activiteit of in uitvoering van haar statutair doel;
6° goederen: de lichamelijke roerende zaken;
(…)

TITEL 2 – DEFINITIES EIGEN AAN BEPAALDE BOEKEN

Hoofdstuk 4 – Definities eigen aan boek VI

Art. I.8

Voor de toepassing van boek VI gelden de volgende definities:
(…)
22° onrechtmatig beding: elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een onderneming en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument;
(…)

Hoofdstuk 5 – Definities eigen aan boek XIV

Art. I.8

Voor de toepassing van boek XIV gelden de volgende definities:
(…)
20° onrechtmatig beding: elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een beoefenaar van een vrij beroep en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument;
(…)
35° beoefenaar van een vrij beroep: elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op intellectueel onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid een beroepsactiviteit uitoefent die hoofdzakelijk uit intellectuele prestaties bestaat, voorafgaand de vereiste opleiding heeft gevolgd, tot permanente vorming is gehouden, onderworpen is aan een bij of krachtens de wet opgericht tuchtorgaan en geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel.

BOEK VI – MARKTPRAKTIJKEN EN CONSUMENTENBESCHERMING

TITEL 3 – OVEREENKOMSTEN MET CONSUMENTEN

Hoofdstuk 1 – Algemene bepalingen

Art. VI.37

§ 1 Indien alle of bepaalde bedingen van een overeenkomst tussen een onderneming en een consument schriftelijk zijn, moeten ze op duidelijke en begrijpelijke wijze zijn opgesteld.

§ 2 In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze interpretatieregel is niet van toepassing in het kader van de vordering tot staking bedoeld in boek XVII.

Een overeenkomst tussen een onderneming en een consument kan onder meer worden geïnterpreteerd aan de hand van de handelspraktijken die er rechtstreeks verband mee houden.

(…)

Hoofdstuk 6 – Onrechtmatige bedingen

Art. VI.82

Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding van een overeenkomst worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op

het ogenblik waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter wordt tevens rekening gehouden met het in artikel VI.37, § 1, bepaalde vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

De beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding, en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

Art. VI.83

In de overeenkomsten gesloten tussen een onderneming en een consument zijn in elk geval onrechtmatig, de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken:

1° te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de consument terwijl de uitvoering van de prestaties van de onderneming onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil;

2° in overeenkomsten van onbepaalde duur te bepalen dat de prijs van de producten wordt vastgelegd op het ogenblik van levering, dan wel de onderneming toe te laten eenzijdig de prijs te verhogen of de voorwaarden ten nadele van de consument te wijzigen op basis van elementen die enkel afhangen van haar wil, zonder dat de consument in al deze gevallen het recht heeft om vooraleer de nieuwe prijs of de nieuwe voorwaarden van kracht worden, de overeenkomst zonder kosten of schadevergoeding te beëindigen en hem daartoe een redelijke termijn wordt gelaten.

Zijn echter geoorloofd en geldig:

a) de bedingen van prijsindexering, voor zover deze niet onwettig zijn en de wijze waarop de prijzen worden aangepast expliciet beschreven is in de overeenkomst;

b) de bedingen waarbij de onderneming van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet te wijzigen, zonder enige opzegtermijn in geval van geldige reden, mits de onderneming verplicht wordt dit ter kennis te brengen van de consument en deze vrij is de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen;

3° in overeenkomsten van bepaalde duur te bepalen dat de prijs van de producten wordt vastgelegd op het ogenblik van levering, dan wel de onderneming toe te laten eenzijdig de prijs te verhogen of de voorwaarden ten nadele van de consument te wijzigen op basis van elementen die enkel afhangen van haar wil, zelfs indien op dat ogenblik de consument de mogelijkheid wordt geboden om de overeenkomst te beëindigen.

De in het 2°, tweede lid, bepaalde uitzonderingen zijn ook van toepassing met betrekking tot het in het eerste lid bedoelde geval;

4° de onderneming het recht te verlenen om de kenmerken van het te leveren product te wijzigen, indien die kenmerken wezenlijk zijn voor de consument, of voor het gebruik waartoe hij het product bestemt, althans voor zover dit gebruik aan de onderneming was medegedeeld en door haar aanvaard of voor zover, bij gebrek aan een dergelijke specificatie, dit gebruik redelijkerwijze was te voorzien;

5° de leveringstermijn van een product eenzijdig te bepalen of te wijzigen;

6° de onderneming het recht te geven eenzijdig te bepalen of het geleverde product aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoorden of haar het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;

7° de consument te verbieden de ontbinding van de overeenkomst te vragen ingeval de onderneming haar verbintenis niet nakomt;

8° het recht van de consument te beperken om de overeenkomst op te zeggen, wanneer de onderneming, in het raam van een contractuele garantieverplichting, haar verbintenis om het goed te herstellen of te vervangen niet of niet binnen een redelijke termijn nakomt;

9° de consument ertoe te verplichten zijn verbintenissen na te komen, terwijl de onderneming de hare niet is nagekomen, of in gebreke zou zijn deze na te komen;

10° onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de onderneming toe te staan de overeenkomst voor bepaalde duur eenzijdig te beëindigen zonder schadeloosstelling voor de consument, behoudens overmacht;

11° onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de onderneming toe te staan een overeenkomst van onbepaalde duur op te zeggen zonder redelijke opzegtermijn, behoudens overmacht;

12° de consument niet toe te staan bij overmacht de overeenkomst te ontbinden, tenzij tegen betaling van een schadevergoeding;

13° de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar grove schuld of voor die van haar aangestelden of lasthebbers, of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt;

14° de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken, bepaald bij de artikelen 1641 tot 1649 van het Burgerlijk Wetboek, of de wettelijke verplichting tot levering van een goed dat met de overeenkomst in overeenstemming is, bepaald bij de artikelen 1649bis tot 1649octies van het Burgerlijk Wetboek, op te heffen of te verminderen;

15° een onredelijk korte termijn te bepalen om gebreken in het geleverde product aan de onderneming te melden;

16° de consument te verbieden zijn schuld tegenover de onderneming te compenseren met een schuldvordering die hij op haar zou hebben;

17° het bedrag vast te leggen van de vergoeding verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, zonder in een gelijkwaardige vergoeding te voorzien ten laste van de onderneming die in gebreke blijft;

18° de consument voor een onbepaalde termijn te binden, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn;
19° de overeenkomst van bepaalde duur voor de opeenvolgende levering van goederen voor een onredelijke termijn te verlengen indien de consument niet tijdig opzegt;
20° een overeenkomst van bepaalde duur automatisch te verlengen bij het ontbreken van een tegengestelde kennisgeving van de consument, terwijl een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen;
21° de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust;
22° in geval van betwisting, de consument te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;
23° een andere rechter aan te wijzen dan deze die is aangewezen door artikel 624, 1°, 2° et 4° van het Gerechtelijk Wetboek, onverminderd de toepassing van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechtelijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken;
24° in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de consument, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden;
25° de wettelijke aansprakelijkheid van de onderneming uit te sluiten of te beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van deze onderneming;
26° op onweerlegbare wijze de instemming van de consument vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst;
27° de onderneming toe te staan door de consument betaalde bedragen te behouden wanneer deze afziet van het sluiten of het uitvoeren van de overeenkomst, zonder erin te voorzien dat de consument een gelijkwaardig bedrag aan schadevergoeding mag ontvangen van de onderneming wanneer deze laatste zich terugtrekt;
28° de onderneming toe te staan de door de consument betaalde voorschotten te behouden ingeval de onderneming zelf de overeenkomst opzegt;
29° de verplichting van de onderneming te beperken om de verbintenissen na te komen die door haar gevolmachtigden zijn aangegaan, of haar verbintenissen te laten afhangen van het naleven van een bijzondere formaliteit;
30° op ongepaste wijze de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de onderneming of een andere partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de onderneming van een van haar contractuele verplichtingen;
31° te voorzien in de mogelijkheid van overdracht van de overeenkomst door de onderneming, wanneer hierdoor de garanties voor de consument zonder diens instemming geringer kunnen worden;
32° de voor een product aangekondigde prijs te verhogen omwille van de weigering van de consument om via bankdomiciliëring te betalen;
33° de voor een product aangekondigde prijs te verhogen omwille van de weigering van de consument om zijn facturen via elektronische post te ontvangen.

Art. VI.84

§ 1 Elk onrechtmatig beding is verboden en nietig.

De overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan.

De consument kan geen afstand doen van de rechten die hem bij deze afdeling worden toegekend.

§ 2 Een beding dat de wet van een Staat die geen lid is van de Europese Unie op de overeenkomst toepasselijk verklaart, wordt wat de in deze afdeling geregelde aangelegenheden betreft voor niet geschreven gehouden wanneer, bij gebreke van dat beding, de wet van een lidstaat van de Europese Unie toepasselijk zou zijn en die wet de consument in de genoemde aangelegenheden een hogere bescherming zou bieden.

Art. VI.85

Teneinde het evenwicht van de rechten en de plichten tussen partijen te verzekeren bij de verkoop van producten aan de consument of teneinde de eerlijkheid bij commerciële transacties te verzekeren, kan de Koning, bij een in ministerraad overlegd besluit, voor de sectoren van de professionele activiteit of voor de categorieën van producten die Hij aanwijst, het gebruik van bepaalde bedingen voorschrijven of verbieden in de overeenkomsten aangegaan tussen een onderneming en een consument. Hij kan ook het gebruik van typecontracten opleggen.

Alvorens een besluit ter uitvoering van het eerste lid voor te stellen, raadpleegt de minister de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen en de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO en bepaalt de redelijke termijn waarbinnen het advies moet worden gegeven. Eenmaal deze termijn is verstreken, is het advies niet meer vereist.

Art. VI.86

§ 1 De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen neemt kennis van de bedingen en voorwaarden die in tekoopaanbiedingen en in verkopen van producten van ondernemingen aan consumenten voorkomen.

§ 2 Op de Commissie kan een beroep worden gedaan door de minister, de consumentenorganisaties en de betrokken interprofessionele en bedrijfsgroeperingen.

Zij kan ook van ambtswege optreden.

§ 3 De Koning bepaalt de samenstelling van de Commissie.

Art. VI.87

§ 1 De Commissie beveelt aan:

1° de schrapping of wijziging van bedingen en voorwaarden die haar kennelijk het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen lijken te verstoren, ten nadele van de consument;

2° de invoeging van vermeldingen, bedingen en voorwaarden die haar voor de voorlichting van de consument noodzakelijk lijken of waarvan de ontstentenis haar kennelijk het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen lijkt te verstoren, ten nadele van de consument;

3° de bedingen en voorwaarden zo op te stellen en op te maken dat de consument de betekenis en de draagwijdte ervan kan begrijpen.

Interprofessionele en bedrijfsgroeperingen of consumentenorganisaties kunnen de Commissie om advies verzoeken over ontwerpen van bedingen of voorwaarden die in tekoopaanbiedingen en in verkopen van producten tussen ondernemingen en consumenten voorkomen.

§ 2 In het raam van haar bevoegdheden stelt de Commissie aan de minister wijzigingen in de wetten of verordeningen voor die haar wenselijk lijken.

§ 3 De Commissie stelt jaarlijks een verslag op over haar werkzaamheden en maakt dit verslag bekend. Dat verslag omvat onder meer de volledige tekst van de aanbevelingen en voorstellen die zij in de loop van het jaar gedaan heeft.

2.2. ITALIAANS RECHT

2.2.1. CODICE CIVILE

Regio decreto (IT) 16 maart 1942, n. 262 'approvazione del testo del Codice civile', *GU* 4 april 1942, n. 79 *(Uittreksels d.d. 16 april 2015)*

LIBRO QUARTO – DELLE OBBLIGAZIONI

CAPO II – DEI REQUISITI DEL CONTRATTO

Sezione I – Dell'accordo delle parti

(…)

Art. 1341 – Condizioni generali di contratto.

Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Art. 1342 – Contratto concluso mediante moduli o formulari.

Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.

(…)

CAPO XIV*BIS* – DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE

Art. 1469*bis* – Contratti del consumatore.

Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal Codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.

2.2.2. CODICE DEL CONSUMO

Bijlage bij decreto legislativo (IT) 6 september 2005, n. 206 'Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229', *GU* 8 oktober 2005, n. 235, *Suppl. Ordinario* n. 162

(Uittreksels d.d. 16 april 2015)

PARTE I – DISPOSIZIONI GENERALI

TITOLO I – DISPOSIZIONI GENERALI E FINALITÀ

(…)

Art. 3 – Definizioni

1. Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per:
a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;
(…)
c) professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario;
(…)

PARTE III – IL RAPPORTO DI CONSUMO

TITOLO I – DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE IN GENERALE

Art. 33 – Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore

1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.
2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:
a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno (1) alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;
d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;
e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;
f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;
g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonchè consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;
h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;
i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;
l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;
m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;
n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;
o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;
p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;
q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;
r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;
s) consentire al professionista di sostituire a sè un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;

t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;
u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;
v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. E' fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.
3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2:
a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore;
b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto.
4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, semprechè vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.
5. Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonchè la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera.
6. Le lettere n) e o) del comma 2 non si applicano alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

Art. 34 – Accertamento della vessatorietà delle clausole

1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.
2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, nè all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.
3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.
4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.
5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

Art. 35 – Forma e interpretazione

1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.
2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.
3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37.

Art. 36 – Nullità di protezione

1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.
2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:
a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.
3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.
4. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.
5. E' nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

Art. 37 – Azione inibitoria

1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.
2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.
3. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.
4. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140.

Art. 37*bis* – Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni, d'ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5. In caso di inottemperanza, a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 20.000 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 euro a 40.000 euro.
2. Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore. In caso di inottemperanza alle disposizioni di cui al presente comma, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro.
3. Le imprese interessate hanno facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori secondo le modalità previste dal regolamento di cui al comma 5. L'Autorità si pronuncia sull'interpello entro il termine di centoventi giorni dalla richiesta, salvo che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere. Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall'Autorità per gli effetti di cui al comma 2. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori.
4. In materia di tutela giurisdizionale, contro gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo, è competente il giudice amministrativo. È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno.
5. L'Autorità, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria in modo da garantire il contraddittorio e l'accesso agli atti, nel rispetto dei legittimi motivi di riservatezza. Con lo stesso regolamento l'Autorità disciplina le modalità di consultazione con le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e con le camere di commercio interessate o loro unioni attraverso l'apposita sezione del sito internet di cui al comma 2 nonché la procedura di interpello. Nell'esercizio delle competenze di cui al presente articolo, l'Autorità può sentire le autorità di regolazione o vigilanza dei settori in cui i professionisti interessati operano, nonché le camere di commercio interessate o le loro unioni.
6. Le attività di cui al presente articolo sono svolte con le risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente.

Art. 38 – Rinvio

1. Per quanto non previsto dal presente (1) codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile.