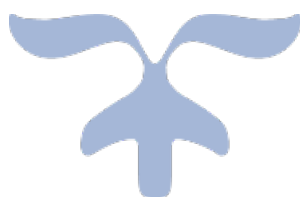


DE APPELTECHNIEK IN THEORIE EN PRAKTIJK

Over ambtshalve toetsing aan de Richtlijn
oneerlijke bedingen door de appelrechter,
buiten het door de grieven ontsloten gebied
en binnen de grenzen van de rechtsstrijd



27 JUNI 2025

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN, FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

Door mr. S.A. (Sander) ter Schuur

Begeleiders mr. P. (Patrick) Koerts en prof.mr.dr. M.H. (Mark) Wissink

Woordenaantal: 23.003

Inhoudsopgave

1. Over dit onderzoek

1.1.	Aanleiding	5
1.2.	Probleemverkenning	8
1.3.	Onderzoeksvraag	9
1.4.	Wettelijk kader	10
1.5.	Methoden	
1.5.1.	Doctrinair	10
1.5.2.	Empirisch	11

2. Eerste drieluik

2.1.	Procedureregels in het Nederlandse recht	
2.1.1.	Artikel 23 Rv. Petitum	12
2.1.2.	Artikel 24 Rv. Rechtsstrijd	
2.1.2.1.	Eerste aanleg	14
2.1.2.2.	Hoger beroep	15
2.1.3.	Artikel 25 Rv. Rechtsgronden	
2.1.3.1.	Eerste aanleg	20
2.1.3.2.	Hoger beroep	22
2.2.	Functies van het hoger beroep	
2.2.1.	Herkansing	23
2.2.2.	Controle	24
2.3.	Nationale toetsingsystematiek	
2.3.1.	<i>Ebecek/Trudo</i>	
2.3.1.1.	Plaatsbepaling	25
2.3.1.2.	Casus	26
2.3.1.3.	A-G Wissink	
2.3.1.3.1.	In abstracto	27
2.3.1.3.2.	In concreto	28
2.3.1.4.	Hoge Raad	29
2.3.2.	Reflectie	
2.3.2.1.	Eigen beschouwing	31

2.3.2.2. Literatuur	32
---------------------	----

3. Tweede drieluik

3.1. Beginselen uit het Unierecht	
3.1.1. Procedurele autonomie	35
3.1.2. Gelijkwaardigheid	36
3.1.3. Doeltreffendheid	36
3.1.4. Finaliteit	37
3.2. Richtlijn oneerlijke bedingen	
3.2.1. Doel en strekking	38
3.2.2. Openbare orde	39
3.3. Unierechtelijke toetsingsystematiek	
3.3.1. <i>Unicaja Banco</i>	
3.3.1.1. Plaatsbepaling	40
3.3.1.2. Casus	41
3.3.1.3. A-G Tanchev	
3.3.1.3.1. In abstracto	43
3.3.1.3.2. In concreto	43
3.3.1.4. HvJ EU	
3.3.1.4.1. Doeltreffendheidsbeginsel	45
3.3.1.4.2. Totale passiviteit van de consument	45
3.3.2. Reflectie	
3.3.2.1. Rechterlijke toetsingsplicht	46
3.3.2.2. Instructiemaatregelen	49

4. Praktijk

4.1. Bestaand onderzoek	
4.1.1. LOVCK(&T)	50
4.1.2. Ander onderzoek	51
4.2. Interviews	
4.2.1. Hypotheses	53
4.2.2. Operationalisering	54
4.2.3. Verantwoording	54
4.2.4. Beperkingen	55

4.2.5.	Resultaten	
4.2.5.1.	Analyse van een appeldossier	56
4.2.5.2.	Soort zaken in hoger beroep	57
4.2.5.3.	Recht van openbare orde	58
4.2.5.4.	Instructiemaatregelen	58
4.2.5.5.	Appelgrens	60
4.2.5.6.	Werkdruk	60
4.2.5.7.	Unierecht	61
4.2.5.8.	Terminologie	62
4.2.5.9.	Rapporten van het LOVCK(&T)	62
4.2.6.	Analyse	
4.2.6.1.	Ervaring	63
4.2.6.2.	Kennis	63
4.2.6.3.	Houding	64
4.2.7.	Hypotheses getoetst	64
5.	Afronding	
5.1.	Conclusies uit het eerste drieluik	66
5.2.	Conclusies uit het tweede drieluik	68
5.3.	Aanbevelingen	70
6.	Bronnenlijst	
6.1.	Rechtspraak	72
6.2.	Literatuur	77
7.	Bijlagen	
	Bijlage 1. Interviewvragen	87
	Bijlage 2. Raadsheer 1	89
	Bijlage 3. Raadsheer 2	96
	Bijlage 4. Raadsheer 3	103
	Bijlage 5. Raadsheer 4	109
	Bijlage 6. Raadsheer 5	115
	Bijlage 7. Raadsheer 6 en 7	119

Dankwoord

Bij deze zou ik mijn beide scriptiebegeleiders willen bedanken voor hun hulp bij en scherpzinnig commentaar op mijn scriptie. Daarnaast ben ik de raadsheren die zich bereid toonden voor een interview erkentelijk. Zonder hen was dit onderzoek onvolledig geweest.

1. Over dit onderzoek

1.1. Aanleiding

Dit onderzoek gaat over de verplichting van de appelrechter om ambtshalve te toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen ('Richtlijn') buiten het door de grieven ontsloten gebied en binnen de grenzen van de rechtsstrijd.¹ Het gaat enerzijds om de vraag hoe de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') deze verplichting hebben vormgegeven, en anderzijds om de vraag hoe de appelrechter daar in de praktijk mee omgaat. Alvorens dit wordt uitgelegd, geef ik eerst de aanleiding van dit onderzoek weer.

Het appelprocesrecht wordt wel beschouwd als één van de moeilijkste onderwerpen die een jurist ter hand kan nemen.² Het is veelzijdig, bestaat uit afwijkende regels ten opzichte van de procedure in eerste aanleg en kent processuele aspecten die verraderlijk kunnen zijn. Denk aan het grievenstelsel, de devolutieve werking van het hoger beroep en verschillende appeltermijnen. Een deel van deze procedureregels is uitgewerkt in de jurisprudentie van de Hoge Raad en wordt beïnvloed door het HvJ EU. Het appelrecht wordt verder gecompliceerd doordat de nationale rechter soms verplicht is ambtshalve te toetsen of er regels van het Unierecht worden geschonden.³

Het appelprocesrecht is niet alleen theoretisch een taai onderwerp; het is het ook – en misschien wel vooral – in de praktijk, voor zowel advocaten als rechters. Als een advocaat materieel gelijk heeft, kan hij alsnog een procedurele fout begaan. De gevolgen daarvan kunnen groot zijn: de advocaat wordt (tuchtrechtelijk) aansprakelijk gesteld en zijn cliënt krijgt nul op het rekest. Als de appelrechter een oneerlijk beding niet of onjuist toetst aan de Richtlijn, zou zijn beslissing kunnen worden vernietigd in cassatie. Dat gaat in de praktijk niet zelden mis.⁴ Daarbij kan sprake zijn van een schending van het Unierecht, waarbij de staat aansprakelijk is voor de door de

¹ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEU* 1993, L 095).

² Snijders & Wendels 2009/5.

³ Stein 2016, par. 9.

⁴ Vgl. HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8340, r.o. 4.2 e.v., *NJB* 2009/2153; HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3559, r.o. 3.3, *NJB* 2011/122; HR 18 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7517, r.o. 3.3, *NJB* 2011/463; HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1474, r.o. 3.4.1 e.v., *NJB* 2011/807; HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7200, r.o. 3.3, *NJB* 2011/2256; HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7339, r.o. 3.3, *NJB* 2012/1043; HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:37, r.o. 4.1 e.v., *NJB* 2013/1682; HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.10, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*); HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:212, r.o. 3.5.1 e.v., *NJ* 2014/89; HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, r.o. 3.9, *NJ* 2016/439, m.nt. H.B. Krans (*Beermann/Dexia*); HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.5, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*); HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1137, r.o. 3.3.2 e.v., *NJB* 2017/1468; HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1174, r.o. 3.4.1 e.v., *NJB* 2018/1518; HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2219, r.o. 3.4, *JIN* 2019/20, m.nt. L. de Roode; en HR 9 mei 2025, ECLI:NL:HR:2025:727, r.o. 3.1.3, *NJB* 2025/988.

consument daardoor geleden schade.⁵ Dit zijn slechts enkele redenen waarom advocaten en rechters zich beter voldoende rekenschap van de appeltechniek kunnen geven.⁶ Het is opvallend dat deze techniek niet als zodanig wordt erkend door een aparte appelbalie, zoals dat wel het geval is met de cassatietechniek (denk aan cassatieadvocaten),⁷ en dat de waarde van het procesrecht wordt onderschat op universiteiten.⁸

De verplichting ambtshalve aan de Richtlijn te toetsen, die ik hierna ook wel ‘rechterlijke toetsingsplicht’ zal noemen, wint steeds meer terrein.⁹ Ik geef de ontwikkeling in een notendop weer.

In 2000 heeft het HvJ EU het fundament gelegd voor ambtshalve toetsing aan de Richtlijn.¹⁰ In het arrest *Océano* heeft hij voor het eerst beslist dat de nationale rechter oneerlijke bedingen ambtshalve kán toetsen aan de Richtlijn. In 2006 is het HvJ EU een stapje verder gegaan. Het HvJ EU heeft van de bevoegdheid een plicht gemaakt: de rechter móét oneerlijke bedingen ambtshalve toetsen.¹¹ Sinds 2009 beschouwt het HvJ EU de bescherming van consumenten “als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden”.¹²

Het HvJ EU heeft de rechterlijke toetsingsplicht vervolgens verder aangescherpt.¹³ Deze geldt niet alleen voor de eerstelijnsrechter, maar ook voor de appelrechter.¹⁴ De rechterlijke toetsingsplicht is bovendien uitgebreid tot méér richtlijnbe-
palingen,¹⁵ zoals bepalingen in de Richtlijn consumentenkrediet,¹⁶ in de Colportage-richtlijn¹⁷ en in de Richtlijn consumentenkoop.¹⁸ De Richtlijn is intussen als spiegel

⁵ HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:685, r.o. 42, punt 1, AA 2016/602, m.nt. A.S. Hartkamp (*Tomášová*).

⁶ Snijders & Wendels 2009/5.

⁷ Zowel Nederlandse advocaten met een stageverklaring als Unierecht-advocaten kunnen zich kwalificeren als advocaat bij de Hoge Raad. Vgl. artikelen 407, eerste lid, Rv en 16h Advocatenwet.

⁸ Aldus een raadsheer die voor dit onderzoek is geïnterviewd.

⁹ Ancery & Krans 2016, p. 830.

¹⁰ HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, r.o. 31 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*).

¹¹ HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 40 (*Mostaza Claro*). Uitgebreider in Ancery 2012/188 e.v.; Wissink 2017, p. 19-21.

¹² HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 52, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*). Vgl. Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 103.

¹³ Zie voor een overzicht van uitspraken *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2010, p. 24 (Bijlage 1) en de groei daarvan *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2014, p. 49 (Bijlage 1) en in *Ambtshalve toetsing III* 2018, p. 101-103 (Bijlage V).

¹⁴ *Ambtshalve toetsing III* 2018, p. 4-5.

¹⁵ Vgl. concl. A-G R.H. de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, par. 4.39, JIN 2021/65, m.nt. S.E. Poutsma; *Ambtshalve toetsing III* 2018, p. 4; en Ancery 2018, p. 95.

¹⁶ HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, r.o. 69, NJ 2008/37, m.nt. M.R. Mok (*Rampion*).

¹⁷ HvJ EU 17 december 2009, C-227/08 ECLI:EU:C:2009:792, r.o. 29, NJ 2010/225, m.nt. M.R. Mok (*Martín Martín*).

¹⁸ HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637, r.o. 43, RvdW 2013/1411 (*Duarte*). Zie ook *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2010, p. 27 (Bijlage 3).

relevant voor andere richtlijnen met een beschermende strekking,¹⁹ andere nationale regels (bijvoorbeeld inzake pacht- en kredietovereenkomsten)²⁰ en andere rechtssubjecten dan consumenten.²¹

In beginsel zijn alle lidstaten bevoegd om hun eigen procesrecht vorm te geven. Dit staat bekend als het beginsel van procedurele autonomie. In zijn uitspraken uit de laatste twintig jaar heeft het HvJ EU de nationale procedureregels geleidelijk beperkt ten gunste van de bescherming van consumenten. Die maatregelen grijpen sterk in in de nationale rechtsorde. Soms worden nationale procedureregels geheel terzijde geschoven, andere keren zijn deze geoorloofd, mits het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.²² In weer andere gevallen past het HvJ EU geheel eigen regels toe op een nationale procedureregels.²³ Vandenbussche merkt op dat er intussen veel afwijkende procedureregels voor consumenten zijn.²⁴ Dat maakt de rechterlijke toetsingsplicht ingewikkeld.²⁵

In een prejudiciële beslissing uit 2022 (*Unicaja Banco*) heeft het HvJ EU de procedurele autonomie van lidstaten verder ingeperkt.²⁶ Hij lijkt de lat voor ambtshalve toetsing aan de Richtlijn op minimale hoogte te hebben gelegd. Ook als de consument niet in appel gaat en de wederpartij dat wel doet, is de appelrechter onder omstandigheden verplicht consumentenbedingen ambtshalve te toetsen aan de Richtlijn en deze bedingen, zo nodig, te vernietigen. Pas als de consument een dergelijk beding niet heeft aangevochten en dat kan worden toegeschreven aan diens totale passiviteit, hoeft de appelrechter het beding niet ambtshalve te toetsen. Waar een partij zijn eis of verweer normaliter zelfstandig moet onderbouwen, moet de appelrechter de consument die dat niet doet daarbij dus helpen, zelfs als deze geen hoger beroep heeft ingesteld.²⁷

De Hoge Raad benadert dit anders. In het arrest *Ebecek/Trudo* uit 2016 kwam hij tot het oordeel dat de appelrechter die toetst aan de Richtlijn, binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet blijven.²⁸ Het verschil met *Unicaja Banco* is dat de rechterlijke toetsingsplicht volgens de Hoge Raad pas geactiveerd lijkt te worden als ten minste één partij de grenzen van de rechtsstrijd trekt. Daarvoor is vereist dat hetzij de consument, hetzij de verkoper tegen het vonnis in beroep gaat.

¹⁹ Ancery & Krans 2016, p. 827; Hartkamp 2010, p. 136-143; Van Leuken 2017, par. 8.3.1.1; en Rutgers 2016, p. 1058.

²⁰ Resp. Asser/Valk 7-III 2024/182; Stein 2016, par. 16.

²¹ In die zin Hartkamp 2010, p. 139; Van Leuken 2017, par. 8.3.2.

²² Vgl. HvJ EU 17 mei 2022, C-600/19, ECLI:EU:C:2022:394, r.o. 52 (*MA/Ibercaja Banco*); HvJ EU 17 mei 2022, C-693/19 ECLI:EU:C:2022:395, r.o. 68 (*SPV Project 1503*); HvJ EU 17 mei 2022, C-725/19, ECLI:EU:C:2022:396, r.o. 60 (*Impuls Leasing România*); en HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, r.o. 40, *RvdW* 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

²³ Vgl. HvJ EU 10 juni 2021, C-776/19 en C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470, r.o. 31 (*BNP Paribas Personal Finance*).

²⁴ Vandenbussche 2023, par. 1.

²⁵ Aldus een raadsheer die voor dit onderzoek is geïnterviewd.

²⁶ HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, *RvdW* 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

²⁷ Vgl. Valk 2023, p. 78.

²⁸ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

Sinds het HvJ EU in *Unicaja Banco* zich opnieuw over de rechterlijke toetsingsplicht heeft uitgelaten, rijst de vraag of het Nederlandse appelprocesrecht consumenten voldoende bescherming biedt. Noopt de prejudiciële beslissing tot een andere opvatting over het appelprocesrecht? Is de ontwikkeling in het Unierecht voor appelrechters navolgbaar? Of heeft het HvJ EU van ‘Koning Klant’ dwingeland gemaakt?²⁹

1.2. Probleemverkenning

Het is interessant om te verkennen in welke mate de rechtspraak van het HvJ EU de procedurele autonomie van lidstaten heeft ingeperkt, in hoeverre de appelrechter daarmee bekend is en hoe deze met de Unierechtspraak omgaat.

In de laatste twee decennia zijn er legio bijdragen geschreven over deze onderwerpen.³⁰ Deze bijdragen gaan onder andere in op de Europese integratie, effectieve rechtsbescherming van consumenten, ambtshalve toepassing van rechtsgronden, oneerlijke bedingen, recht van openbare orde, de verhouding tussen het nationale recht en het Unierecht, de omvang van het appel, de grieven, de grenzen van de rechtsstrijd en de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Gelet op de beperkte omvang van dit onderzoek, bespreek ik hierna drie van deze bijdragen.

Ancery heeft in 2012 een proefschrift geschreven over de ambtshalve toepassing van het Unierecht.³¹ Hij gaat in op de grenzen van de rechtsstrijd en de rol van recht van openbare orde binnen deze grenzen. In dit licht bespreekt hij enkele nationale procedureregels, zoals artikel 23, 24 en 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (‘Rv’). Het probleem van het proefschrift van Ancery is dat het is geschreven vóór de uitspraken *Ebecek/Trudo* uit 2016 en *Unicaja Banco* uit 2022, waarin het HvJ EU de rechterlijke toetsingsplicht heeft aangescherpt.

Schild stelt de vraag of het Nederlandse recht de rechter verplicht ambtshalve te toetsen aan het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (‘EVRM’).³² Hij geeft een bevestigend antwoord op deze vraag. Als de eiser aan zijn stelplicht heeft voldaan, maar in appel geen beroep doet op het EVRM, moet de rechter op grond van artikel 25 Rv ambtshalve toetsen

²⁹ Vgl. Algra 1984 en de toepassing daarvan in Valk 2023, p. 81.

³⁰ O.a. Ancery 2012; Ancery 2014; Ancery & Pavillon 2014; Ancery & Krans 2016; Asser, Groen & Vranken 2003; Asser 2015; Van den Brink 2004; Van Dijk & Van ‘t Ende 2022; Drion 2006; Van Duin 2019; Van Duin & Leone 2023; Van Harten 2011; Hartkamp 2017; Hesselink 2003; Den Hollander 2018; Jansen, Van de Moosdijk & Van Leuken 2018; Krans 2004; Krans 2012; Lock 2014a; Lock 2014b; Nieuwenhuis & Möhring 2016; Peters 2015; Ras & Hammerstein 2017; Pavillon 2014a; Pavillon 2014b; Pavillon 2015; Van Rossum & Van der Minne 2017; Schild 2012; Smits 2004; Snijders & Wendels 2009; Vandenbussche 2023; Van der Wiel 2021; en Wolters 2017. Zie voor oudere publicaties Pels Rijcken 1983; Rutten 1945. Zie voor een uitgebreider overzicht *Ambtshalve toetsing III* 2018, p. 95-100 (Bijlage III).

³¹ Ancery 2012, par. 2.2, 2.3, 2.8, 6, 8.3 en 9.

³² Schild 2012, par. 2.11-12.

of het toepasselijke recht niet in strijd is met bepalingen uit het EVRM. Schild plaatst deze problematiek vervolgens in het licht van het ondernemingsrecht. Ik houd die tegen het licht van het consumentenrecht in hoger beroep.

Peters heeft in 2015 een dissertatie gewijd aan het internationaal privaatrecht, arbitrage- en appelprocesrecht.³³ Hij bespreekt daar verschillende aspecten van en gaat specifiek in op het conflictenrecht. Peters stelt vast dat het conflictenrecht ondergeschikt is gemaakt aan nationale procedureregels. Hij presenteert vervolgens een alternatieve gedachte, volgens welke het conflictenrecht anders moet worden behandeld. Het conflictenrecht zou buiten het door de grieven ontsloten gebied moeten worden geplaatst. Ik zal uitleggen in hoeverre het Unierecht de appelrechter verplicht om oneerlijke bedingen buiten het door de grieven ontsloten gebied te toetsen.

Het onderhavige onderzoek past volgens mij in drie sleutels. In de eerste plaats is er de laatste paar jaar in toenemende mate aandacht voor het nationale procesrecht bij de bescherming van consumenten.³⁴ Decennialang ging de aandacht uit naar het tot stand brengen, beschermen en handhaven van materiële rechten, waarbij processuele rechten van ondergeschikt belang werden geacht. In de tweede plaats bestaat er steeds meer belangstelling voor de verhouding tussen het nationale procesrecht en het Unierecht.³⁵ Die verhouding zal ik illustreren aan de hand van de spanning tussen *Ebecek/Trudo* en *Unicaja Banco*. In de derde plaats legt de hedendaagse rechtswetenschap haar focus ook op andere methoden dan doctrinair onderzoek, zoals empirisch onderzoek.

1.3. Onderzoeksvraag

In dit onderzoek wordt de vraag gesteld hoe de Hoge Raad en het HvJ EU de rechterlijke toetsingsplicht voor ogen zien, en in hoeverre deze zienswijzen stroken met de werkwijze van de appelrechter. Volgens de Hoge Raad moet de appelrechter oneerlijke bedingen ambtshalve toetsen buiten het door de grieven ontsloten gebied maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd; volgens het HvJ EU heeft de appelrechter ook een toetsingsplicht als de consument niet in appel gaat, tenzij dit is te wijten aan diens totale passiviteit. Geven deze uitspraken voldoende structuur aan de rechterlijke toetsingsplicht? Wat doet de appelrechter als deze in de praktijk wordt geconfronteerd met een beding waarvan hij vermoedt dat het oneerlijk is? Is hij in staat de toetsingsplicht uit te voeren?

³³ Peters 2015, par. 4.3.2.3.

³⁴ Ancery & Pavillon 2014; Pavillon 2015; Ancery & Krans 2016; Van Duin 2019; Van Duin & Leone 2023; Hartkamp 2017; Nieuwenhuis & Möhring 2016; Pavillon 2014a; Pavillon 2014b; Pavillon 2015; en Vandenbussche 2023.

³⁵ Asser/Hartkamp 3-I 2023; Van den Brink 2004; Drion 2006; Jansen, Van de Moosdijk & Van Leuken 2018; Hesselink 2003; Keus 2019; Krans 2004; Krans 2012; Smits 2004; en Wissink 2001.

1.4. Wettelijk kader

Het onderzoek beweegt zich tussen twee wettelijke kaders.

Het eerste kader is de Derde Afdeling van de Eerste Titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De artikelen 19 tot en met 35 behoren tot de algemene voorschriften voor procedures. Zij gelden zowel voor de dagvaardings- als verzoekschriftprocedure, en zowel voor de procedure in eerste aanleg als in hoger beroep. Het gaat in dit onderzoek specifiek over drie artikelen: 23, 24 en 25 Rv. Deze wetsbepalingen zijn kort maar krachtig. Volgens artikel 23 Rv beslist de rechter over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht, volgens artikel 24 lid 1 Rv onderzoekt en beslist de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, en volgens artikel 25 Rv vult de rechter de rechtsgronden ambtshalve aan.

Het tweede kader is de Derde Afdeling van de Zevende Titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De artikelen 343 tot en met 356 gaan over de rechtspleging in en de gevolgen van het appel. Denk hierbij aan regels over de aanvang en de wijze van procederen, en de schorsing van (de tenuitvoerlegging van) het vonnis tijdens het hoger beroep. Ik concentreer mij op twee procedureregels die in deze Afdeling zijn opgenomen: de appeldagvaarding en de tweeconclusieregel. Daarnaast komt de devolutieve werking van het hoger beroep aan bod, die niet met zoveel woorden in deze Afdeling wordt genoemd.

1.5. Methoden

1.5.1. Doctrinair

Het doctrinaire deel beslaat driekwart van het onderzoek en beantwoordt de vraag hoe de Hoge Raad en het HvJ EU de ambtshalve toetsingsplicht voor ogen zien. Een doctrinair onderzoek reconstrueert het geldende recht.³⁶ Daarbij wordt gebruik gemaakt van de in de vorige deelparagraaf genoemde wetsbepalingen, net als de literatuur en de relevante rechtspraak van de Hoge Raad en het HvJ EU, zoals *Ebecek/Trudo* en *Unicaja Banco*. Van der Wiel heeft zich afgevraagd of een dergelijk onderzoek wel iets toevoegt aan *the body of knowledge* – en beantwoordt deze vraag bevestigend. “Geldend recht wil niet automatisch zeggen gekend recht.”³⁷

Dit deel van het onderzoek bevat ook enkele normatieve aspecten. Volgens Tjong Tjin Tai en Verbruggen past het vormen van een eigen oordeel, bij tegenstrijdigheden of onduidelijkheden, bij een doctrinair onderzoek. Het onderzoek is dan

³⁶ Met Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, p. 4-5 meen ik dat de term ‘doctrinair’ de negatieve associaties van ‘dogmatisch onderzoek’ ontbeert.

³⁷ Van der Wiel 2004, p. 3.

wel “in zoverre normatief, doch daarmee niet willekeurig of puur subjectief”.³⁸ Doordat het geldende recht in kaart wordt gebracht, is het mogelijk een onderbouwd antwoord te geven op de onderzoeksvraag.

Ieder doctrinair onderzoek brengt iets onvermijdelijk met zich. Het bestaat uit herhalingen van wat al geschreven, gezegd of gehoord is. Het is dus de vraag of een nieuw onderzoek verfrissende inzichten verschaft. Misschien lijkt dit deel van het onderzoek op het schenken van klare wijn. Wat ik hoop, is dat het een briesje van frisse wind laat waaien over de literatuur en van enig nut is voor de praktijk.

1.5.2. Empirisch

In aanvulling op het doctrinaire onderzoek, beantwoordt het empirisch onderzoek het tweede deel van de onderzoeksvraag: in hoeverre stroken de zienswijzen van de Hoge Raad en het HvJ EU met de werkwijze van de appelrechter? Hierbij gaat het om vragen als hoe vaak de appelrechter in aanraking komt met het consumentenrecht, op welke manier deze oneerlijke bedingen toetst en of hij afwijkt van de systematiek van de Hoge Raad en/of het HvJ EU. Het beschikbare empirisch onderzoek over de ‘oneerlijke-bedingenradar’ van appelrechters is relatief beperkt.³⁹

Voor dit onderzoek, dat een kwart van het totale onderzoek omvat, heb ik zeven raadsheren geïnterviewd. Deze zijn werkzaam in de gerechtshoven Amsterdam, Den Haag en Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden). Het empirisch onderzoek bouwt niet zozeer voort op het doctrinaire deel, maar het verifieert bepaalde aspecten die daarin naar voren komen. Dit perspectief geeft een vollediger beeld van de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in hoger beroep.

³⁸ Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022, p. 5.

³⁹ Pavillon 2015, p. 128. Vgl. het omvangrijke empirisch onderzoek naar minnelijke regelingen in Barendrecht & Van Beukeuring-Rosmuller 2000; De Graaf 2004; Lieverse 2022; Van der Linden 2008; Van der Linden 2010; en Verschoof & Van Rossum 2018.

2. Eerste drieluik

2.1. Procedureregels in het Nederlandse recht

De volgende drie paragrafen vormen een drieluik. In de eerste paragraaf staan de artikelen 23, 24 en 25 Rv centraal, in paragraaf 2.2 ga ik in op de herkansings- en controlefunctie van het hoger beroep en in paragraaf 2.3 bespreek ik de Nederlandse rechtspraak over de rechterlijke toetsingsplicht in hoger beroep, waaronder het arrest *Ebecek/Trudo*.

2.1.1. Artikel 23 Rv. Petitum

Volgens artikel 23 Rv beslist de rechter over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. In een dagvaarding stelt de eiser een eis in tegen de gedaagde; in een verzoekschrift richt de verzoeker een verzoek tot de rechter.⁴⁰ Ik beperk mij tot de dagvaarding in hoger beroep.⁴¹ In hoger beroep heet de dagvaarding ‘appeldagvaarding’, de eis ‘vordering’, de eiser ‘appellant’ en de gedaagde ‘geïntimeerde’. Uit praktische overwegingen ga ik hierna steeds uit van de situatie waarin de rechtbank eindvonnis heeft uitgesproken, er geen reconventionele of nevenvorderingen zijn, er geen incidenteel hoger beroep is ingesteld en er evenmin sprake is van subjectieve cumulatie van rechtsvorderingen.⁴²

Een geschil in appel vangt aan met de appeldagvaarding. Deze dagvaarding is in dezelfde vorm opgemaakt en voldoet aan dezelfde eisen als de dagvaarding in eerste aanleg.⁴³ De appeldagvaarding wijkt echter op vier onderdelen van de dagvaarding af.⁴⁴ Ten eerste hoeft de appellant niet te vermelden welke rechtsgevolgen intreden als de geïntimeerde niet op de voorgeschreven wijze in het geding verschijnt.⁴⁵ Ten tweede hoeft de appellant niet aan te geven welke verweren en gronden de geïntimeerde heeft aangevoerd.⁴⁶ Ten derde hoeft de appellant de middelen waarop het beroep is gegrond niet tot uitdrukking te brengen in de appeldagvaarding.⁴⁷ Deze middelen (ook wel grieven) neemt hij in de regel op in de memorie van

⁴⁰ Vgl. artikelen 111, tweede lid, onderdeel d, resp. 278, eerste lid, Rv.

⁴¹ Wat onverlet laat dat de hierna te noemen regels in de dagvaardingsprocedure goeddeels van overeenkomstige toepassing zijn op de verzoekschriftprocedure en het kort geding. Vgl. Snijders & Wendels 2009/299 en 377 e.v.

⁴² Vgl. Lock 2014a, p. 45-46.

⁴³ Artikel 343, eerste volzin, eerste bijzin, Rv.

⁴⁴ Artikel 343, tweede volzin, Rv; Snijders & Wendels 2009/154 e.v.

⁴⁵ Artikelen 111, tweede lid, onderdeel i, jo. 139 Rv.

⁴⁶ Artikel 111, derde lid, eerste volzin, Rv.

⁴⁷ Artikel 343, eerste volzin, tweede bijzin, Rv.

grieven.⁴⁸ Tot slot hoeft de appellant ook niet te vermelden over welke bewijsmiddelen hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de door de geïntimeerde betwiste gronden van de vordering.⁴⁹

Van deze vier afwijkende onderdelen komt alleen het derde onderdeel in het doctrinaire onderzoek terug: de middelen in de memorie van grieven. Die bakenen het door de grieven ontsloten gebied af. Wat dit gebied is, wordt uitgelegd in de volgende deelparagraaf.

De appeldagvaarding kent een petitum. In het petitum staat wat de appellant heeft te vorderen van de geïntimeerde. Op grond van artikel 23 Rv is de appelrechter verplicht een beslissing te nemen over al hetgeen in het petitum wordt gevorderd.⁵⁰ De appelrechter heeft de door de appellant gemaakte keuzes te respecteren.⁵¹ Het is met andere woorden de exclusieve bevoegdheid van partijen om de grenzen van de rechtsstrijd te trekken.⁵² Op die term kom ik terug in de volgende deelparagraaf.

Het is niet altijd duidelijk wat de appellant in het appelpetitum vordert. Dit is in de regel een kwestie van uitleg.⁵³ Volgens de Hoge Raad dient de rechter bij de uitleg van het petitum niet alleen acht te slaan op de bewoordingen; hij moet ook rekening houden met de betekenis van die bewoordingen bij de onderbouwing van de vordering, de wijze waarop de geïntimeerde de vordering heeft opgevat en redelijkerwijs heeft moeten opvatten, en het overige debat tussen partijen.⁵⁴ Daarbij mag hij slechts die vorderingen toe- of afwijzen die zijn opgenomen in het petitum, niet méér of iets anders.⁵⁵ Lock: “Indien eiser drie zelfstandige vorderingen heeft ingesteld die alle zijn afgewezen en in appel slechts twee vorderingen herhaalt, mag de appèlrechter niet meer oordelen over de derde vordering.”⁵⁶ Doet hij dat toch, dan gaat de appelrechter ultra petitum.

2.1.2. Artikel 24 Rv. Rechtsstrijd

Volgens artikel 24 lid 1 Rv onderzoekt en beslist de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Hetgeen de eiser in eerste aanleg als grondslag aan zijn eis respectievelijk de gedaagde aan zijn verweer ten gronde heeft gelegd, trekken gezamenlijk de grenzen van de rechtsstrijd. In deze deelparagraaf komt eerst de

⁴⁸ Snijders & Wendels 2009/166.

⁴⁹ Artikel 111, derde lid, tweede volzin, Rv.

⁵⁰ Dit impliceert volgens Stein 2016, par. 5 en 7 een ‘duidelijke taakverdeling tussen de rechter en de procespartijen’, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

⁵¹ Asser 2015, p. 358.

⁵² De appellant kan zijn vorderingen óók opnemen in de memorie van grieven.

⁵³ Vgl. concl. A-G S.D. Lindenbergh 20 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1394, par. 4.34.

⁵⁴ HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:22, r.o. 3.1.2, NJ 2024/40.

⁵⁵ Ancery 2012, par. 2.2.3; Asser 2015, p. 324; en Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt 18 februari 2024).

⁵⁶ Lock 2014b, par. 5(B).

rechtsstrijd bij de rechtbank en daarna de rechtsstrijd bij het gerechtshof aan de orde. Het zal duidelijk worden dat de grenzen van de rechtsstrijd in twee verschillende instanties twee verschillende betekenissen heeft.

2.1.2.1. Eerste aanleg

In artikel 24 lid 1 Rv komt de term ‘grondslag’ voor. Met grondslag wordt de feitelijke grondslag van de eis bedoeld.⁵⁷ De feitelijke grondslag bestaat uit feiten en omstandigheden waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. Wil er sprake zijn van een dergelijke grondslag, dan moet de eiser de aan de feiten en omstandigheden verbonden rechtsgevolgen stellen. Het is niet voldoende dat hij de rechter een feitenbestand voorhoudt.⁵⁸ De eiser dient zich veeleer in te spannen om de relevante feiten te verzamelen, te selecteren en vervolgens te presenteren aan de rechter.⁵⁹ Als hij daarin slaagt, is er sprake van een grondslag in de zin van artikel 24 lid 1 Rv. De rechter zal daar onderzoek naar doen en daarover beslissen.

Net als bij het petitum, leidt de partijautonomie de dans bij de feitelijke grondslag.⁶⁰ Partijen hebben de exclusieve bevoegdheid om de grenzen van de rechtsstrijd te trekken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de feitelijke grondslag de eis respectievelijk het verweer kan dragen.⁶¹ Is dit het geval, dan wijst hij de eis toe. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de gedaagde een succesvol verweer voert, dan wijst de rechter de eis af. Bij deze beoordeling heeft de rechter de door de partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd te respecteren.⁶²

Waar de grenzen van de rechtsstrijd liggen, is niet altijd duidelijk. De rechter mag zijn beslissing in ieder geval niet baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar kunnen worden afgeleid uit de hem gebleken feiten en omstandigheden, maar niet aan de eis of het verweer ten grondslag zijn gelegd.⁶³ Dit is het verbod op het aanvullen van de feitelijke grondslag, dat verder wordt toegelicht in deelparagraaf 2.1.3.

⁵⁷ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Rv, aant. A4 (online, bijgewerkt 1 januari 2025).

⁵⁸ Concl. A-G S.D. Lindenbergh 20 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1394, par. 4.59.

⁵⁹ Uitvoeriger over dit verband HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, r.o. 3.3.3, *NJ* 2020/122, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

⁶⁰ Ancery 2012/64; Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 99.

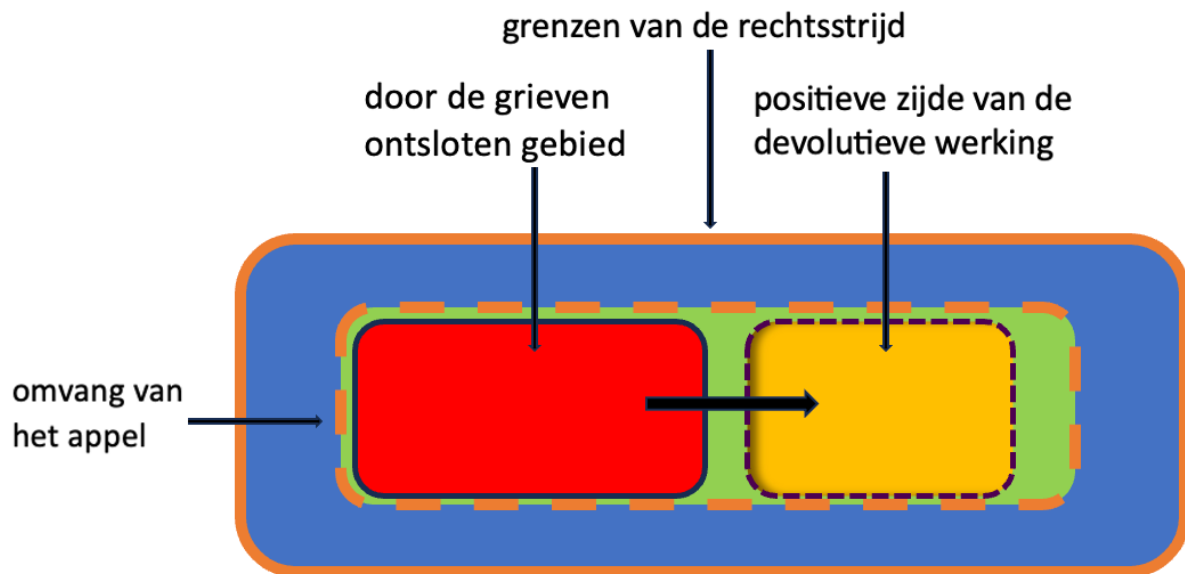
⁶¹ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 januari 2025).

⁶² Lock 2016, par. 4 gebruikt het begrip ‘rechtsstrijd’ alhier in een andere betekenis van het woord. Hij doet op feiten in de zin van artikel 149, eerste lid, eerste volzin, Rv.

⁶³ Recent herhaald in concl. A-G R.H. de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, par. 4.35, *JIN* 2021/65, m.nt. S.E. Poutsma.

2.1.2.2. Hoger beroep

De grenzen van de rechtsstrijd bij de rechtbank moeten worden onderscheiden van die bij het gerechtshof. Deze zijn niet hetzelfde. De rechtsstrijd in hoger beroep wordt volgens Asser bepaald door de tweeconclusieregel, het grievenstelsel en de devolutieve werking.⁶⁴ Dat noemt hij de procedurele omlijning van het hoger beroep.



Figuur 1. Rechtsstrijd in hoger beroep

De appeldagvaarding trekt de grenzen van de rechtsstrijd (buitenste oranje lijn). Dit is de buitengrens: de appelrechter mag daar nimmer buiten treden. Het door de grieven ontsloten gebied is de binnengrens (rood vlak): de appelrechter is in elk geval gehouden de grieven te beoordelen. De omvang van het appel is in beginsel beperkt tot dit gebied. De binnengrens wordt opgerekt op het moment dat één of meer grieven slagen (geel vlak). Is dit het geval, dan dient de appelrechter de stellingen en verweren van de eiser en de gedaagde in eerste aanleg te beoordelen. Dat is weergegeven met de zwarte pijl tussen het rode en oranje vlak. Door de positieve zijde van de devolutieve werking neemt de omvang van het appel toe (groen vlak). In het onderstaande leg ik deze termen één voor één uit.

In hoger beroep neemt de appellant een conclusie van eis, waarna de geïntimeerde volgt met een conclusie van antwoord.⁶⁵ De conclusie van eis heet tegenwoordig 'memorie van grieven' en de conclusie van antwoord heet 'memorie van antwoord'. Deze – meer moderne – termen zal ik hierna blijven gebruiken.

⁶⁴ Asser 2015, p. 336.

⁶⁵ Artikel 347, eerste lid, Rv.

De memorie van grieven bestaat uit grieven van de appellant tegen het vonnis. Grief is een ander woord voor grond of bezwaar.⁶⁶ Volgens vaste rechtspraak gelden als grieven alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd.⁶⁷ De appellant bepaalt zelf tegen welke beslissingen hij grieft en tegen welke niet.⁶⁸ Dit is het door de grieven ontsloten gebied.⁶⁹

De geïntimeerde kan zich verzetten tegen de grieven van de appellant. Dat doet hij onder andere door nieuwe verweren in te brengen.⁷⁰ De geïntimeerde neemt zijn verweren op in de memorie van antwoord. De memorie van grieven en memorie van antwoord zijn in beginsel de enige twee processtukken in hoger beroep waarin grieven en verweren mogen worden opgenomen. Daarom wordt dit wel de in beginsel strakke regel of de tweeconclusieregel genoemd: de appellant en geïntimeerde nemen beiden één conclusie.⁷¹

De tweeconclusieregel structureert het hoger beroep op twee manieren. Ten eerste hoeft de appelrechter in beginsel geen rekening te houden met grieven of verweren die op een andere manier of in een later stadium worden ingebracht.⁷² Ten tweede – en in het verlengde daarvan – kan de geïntimeerde ervan uitgaan dat de appellant al zijn bezwaren in de memorie van grieven kenbaar heeft gemaakt, net zoals de appellant ervan uit mag gaan dat de geïntimeerde zijn verweer volledig heeft opgenomen in de memorie van antwoord.⁷³ Dit stelsel staat bekend als het grievenstelsel, dat de concentratie van het partijdebat en een spoedige afdoening van het geschil bevordert.⁷⁴

Het grievenstelsel leidt tot de devolutieve werking van het hoger beroep. Wanneer de appellant appelleert tegen het vonnis van de rechtbank, wordt het geschil afgewenteld op het gerechtshof. Het geschil wordt in beginsel in volle omvang onderworpen aan het oordeel van de appelrechter.⁷⁵ Net als een medaille heeft de devolutieve werking twee kanten: een negatieve en positieve.

De negatieve zijde van de devolutieve werking staat gelijk aan de tweeconclusieregel. In de memorie van grieven legt de appellant als gezegd het door de grieven ontsloten gebied vast. Hij kan dit gebied beperken doordat hij niet grieft tegen alle beslissingen in het vonnis. Daardoor worden de grenzen van de rechtsstrijd niet beperkt. Deze worden getrokken door de vorderingen in de appeldagvaarding, terwijl

⁶⁶ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/173. Het begrip grief moet volgens Stein 2016, par. 7 'zeer ruim' worden uitgelegd.

⁶⁷ Vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 4.2.1, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Sijnders (*Willemsen/NOM*). Uitgebreider in Koerts, in *T&C Rv*, art. 347 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 april 2025).

⁶⁸ Ras & Hammerstein 2017/6.

⁶⁹ Daarover dient de appelrechter te beslissen op grond van artikel 24 Rv.

⁷⁰ Artikel 348, eerste bijzin, Rv.

⁷¹ Ancery 2012/254; Sijnders & Wendels 2009/162.

⁷² Er bestaat een aantal uitzonderingen. Vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 4.2.2, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Sijnders (*Willemsen/NOM*).

⁷³ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/162.

⁷⁴ Ancery 2012/254.

⁷⁵ In vergelijkbare bewoordingen Sijnders & Wendels 2009/216.

het door de grieven ontsloten gebied wordt vastgelegd in de memorie van grieven. Dit gebied bepaalt tevens de omvang van het appel. De appelrechter hoeft in beginsel alleen onderzoek te doen naar het door de grieven ontsloten gebied.

De omvang van het appel neemt toe als de positieve zijde van de devolutieve werking intreedt.⁷⁶ Of deze zijde intreedt, hangt af van de vraag of de grief slaagt. Als een grief slaagt, komt de appellant met succes op tegen een beslissing in het vonnis. De appelrechter dient de in eerste aanleg geformuleerde feitelijke grondslag opnieuw te beoordelen.⁷⁷ Als een grief daarentegen faalt, haalt de appellant bakzeil. Een grief faalt bijvoorbeeld als deze onvoldoende is onderbouwd of als de geïntimeerde een sterker verweer heeft gevoerd. Is dit het geval, dan bekrachtigt de appelrechter het vonnis.⁷⁸

Op het laatste bestaat één uitzondering. De appelrechter bekrachtigt het vonnis niet als de rechtbank recht van openbare orde ten onrechte niet of onjuist heeft toegepast en dat recht buiten het door de grieven ontsloten gebied valt maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit is de rechtsregel uit arrest *Ebecek/Trudo*, dat uitvoeriger wordt besproken in deelparagraaf 2.3.1.⁷⁹

Ik zal de verhouding tussen de grenzen van de rechtsstrijd, de omvang van het appel en het door de grieven ontsloten gebied illustreren aan de hand van een voorbeeld van Snijders en Wendels.⁸⁰ Ik heb het voorbeeld enigszins uitgebreid.

De rechtbank oordeelt dat gedaagde wanprestatie heeft gepleegd. Hij is een boete van € 50.000 verschuldigd. Dit is de enige beslissing uit eerste aanleg. In de appeldagvaarding vordert de gedaagde-appellant vernietiging van deze beslissing. Op die manier trekt hij de grenzen van de rechtsstrijd. In zijn memorie van grieven grieft de appellant tegen de geldigheid van de boete. Daarmee legt hij het door de grieven ontsloten gebied vast. In dit geval zijn de grenzen van de rechtsstrijd, de omvang van het appel en het door de grieven ontsloten gebied aan elkaar gelijk.

Stel dat de appellant hetzelfde vordert maar zijn grief beperkt tot matiging van de boete. Dit betekent dat de grenzen van de rechtsstrijd ruimer zijn dan het door de grieven ontsloten gebied en de omvang van het appel. De laatste twee zijn wederom aan elkaar gelijk. Stel dat de grief slaagt. Daardoor treedt de positieve zijde van de devolutieve werking in. Het gevolg is dat de omvang van het appel toeneemt ten opzichte van het door de grieven ontsloten gebied. De appelrechter komt slechts toe aan een beoordeling van de geldigheid van de boete als er sprake is van recht van openbare orde. Hoe dit in zijn werk gaat, leg ik uit in de volgende deelparagraaf.

⁷⁶ In andere zin Lock 2014a, p. 47, die meent dat ook de positieve zijde van de devolutieve werking behoort tot het door de grieven ontsloten gebied.

⁷⁷ De werking van de positieve zijde van de devolutieve werking is onder andere geconcretiseerd in HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4007, *NJ* 2000/428, m.nt. H.J. Snijders (*Gouda/Lutz*); HR 11 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6015, *NJ* 2005/282, m.nt. H.J. Snijders (*Utimaco/D&R*); en HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR2012:BU3160, *NJ* 2012/582, m.nt. H.B. Krans (*Ydo/Baljeu*).

⁷⁸ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/176; Snijders & Wendels 2009/236.

⁷⁹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.6.3, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

⁸⁰ Snijders & Wendels 2009/217.

2.1.3. Artikel 25 Rv. Rechtsgronden

Volgens artikel 25 Rv vult de rechter de rechtsgronden ambtshalve aan. Dit is geen bevoegdheid; het is een plicht.⁸¹ Partijen hoeven de rechtsregels dus niet uitdrukkelijk te vermelden.⁸² De rechter dient eigener beweging te beoordelen of partijen de gestelde feiten correct hebben gekwalificeerd.⁸³ Als partijen het bijvoorbeeld eens zijn over een tussen hen bestaande overeenkomst (huur) en de feiten en omstandigheden wijzen in een andere richting (pacht), zal de rechter de rechtsverhouding herkwalficeren als pacht.⁸⁴

In het navolgende ga ik in op de ambtshalve aanvulling en ambtshalve toepassing van rechtsgronden. Er zijn globaal vijf rechtsgronden te onderscheiden:

- positief recht;⁸⁵
- dwingend recht,⁸⁶ dat een verbijzondering is van het positieve recht;
- recht van openbare orde, waarvoor hetzelfde geldt;
- procesrecht; en
- internationaal (privaat)recht.⁸⁷

Ik beperk mij tot recht van openbare orde, dat ik bij wijze van illustratie zal contrasten met dwingend recht.

Recht van openbare orde wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat een rechtsgevolg dreigt waar partijen niet vrij over kunnen beschikken.⁸⁸ Daarbij gaat het om heel fundamentele rechtsbeginselen.⁸⁹ Processuele voorbeelden van dergelijke rechtsbeginselen zijn de absolute competentie van de aangezochte rechter,⁹⁰ de

⁸¹ Ancery 2012/53.

⁸² HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, r.o. 4.2.2, *NJ* 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 100; en Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. A2 resp. aant. 1 (online, bijgewerkt 22 maart 2024).

⁸³ Dit is slechts anders indien er sprake is van een onmiskenbare partijbedoeling om de rechtsgrond te beperken. Vgl. HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6125, r.o. 3.6, *RvdW* 2010/1411.

⁸⁴ Andere voorbeelden zijn HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319, r.o. 3.7.4, *BNB* 2025/61, m.nt. A.L. Mertens; HR 28 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:483, r.o. 3.4.2, *JAR* 2025/125, m.nt. S. van Waegeningh; en HR 11 april 2025, ECLI:NL:HR:2025:543, r.o. 3.2.3, *NLF* 2025/0802, m.nt. B. Didden.

⁸⁵ M.u.v. van wetsebepalingen waarin expliciet staat dat de rechter deze niet ambtshalve toepast, waaruit zulks afgeleid kan worden of waarvan de Hoge Raad heeft bepaald dat het niet mag. Denk aan de artikelen 236, eerste lid, Rv en 3:322, eerste lid, BW. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 4 (online, bijgewerkt 22 maart 2024). Illustratief in dit kader is HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, r.o. 3.3.2, *JBPr* 2016/8, m.nt. F.J.P. Lock, waarin de Hoge Raad ook tot ambtshalve toetsing verplicht bij *gebrek* aan een dergelijke wetsebepalingen. In andere zin Lewin 2011, p. 14 die stelt dat deze taak voor zich spreekt.

⁸⁶ De term 'dwingend recht' lijkt een uniform begrip, maar volgens Vriesendorp 1970/123, die daar een proefschrift aan heeft gewijd, heeft het drie verschijningsvormen. Die laat ik verder buiten beschouwing.

⁸⁷ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 2.1 e.v. (online, bijgewerkt 22 maart 2024).

⁸⁸ Ancery 2012/48; Snijders & Wendels 2009/234.

⁸⁹ Aldus een raadsheer die voor dit onderzoek is geïnterviewd.

⁹⁰ Artikel 72 Rv.

ontvankelijkheid van een rechtsmiddel,⁹¹ de afstemming tussen de kortgeding- en bodemrechter⁹² en de bevoegdheid van de burgerlijke rechter ten opzichte van de bestuursrechter.⁹³ Deze belangen wegen dusdanig zwaar, dat de partijautonomie ervoor moet wijken.⁹⁴ Dit kenmerkt een andere rechtsgrond: dwingend recht. Ook bij dwingend recht kunnen partijen niet vrij beschikken over de rechtsgevolgen.

Recht van openbare orde moet echter worden onderscheiden van dwingend recht.⁹⁵ De rechter moet recht van openbare orde niet alleen aanvullen, zoals bij dwingend recht. Hij moet het ook toepassen, hoewel dat niet in artikel 25 Rv staat.⁹⁶ Het onderscheid tussen aanvullen en toepassen heeft in hoger beroep een andere betekenis dan in eerste aanleg.⁹⁷ Voordat ik aan dit onderscheid toekom, wordt eerst uitgelegd wat openbare orde betekent.

De term ‘openbare orde’ heeft geen uniforme betekenis. Het wordt wel een mistig en mysterieus begrip genoemd.⁹⁸ De term is sporadisch gecodificeerd en komt impliciet tot uitdrukking in de artikelen 24 en 25 Rv.⁹⁹ Van der Wiel merkt op dat recht van openbare orde over het algemeen refereert aan het geheel van regels en beginselen die in de Nederlandse rechtsorde van fundamentele betekenis zijn.¹⁰⁰ Wanneer er sprake is van een fundamentele betekenis, vergt uitleg en waardering van de desbetreffende regel of het desbetreffende beginsel.¹⁰¹ Volgens Den Hollander is recht van openbare orde in elk geval van fundamentele betekenis als de regels en beginselen “zo belangrijk moeten worden geacht, dat die de individuele belangen van partijen als het ware overstijgen”.¹⁰² Asser spreekt in dit kader van een “hoger belang dan het particuliere belang”.¹⁰³ Ondanks het abstractieniveau, brengen deze schrijvers het grote gewicht van recht van openbare orde tot uitdrukking.

In het arrest *Staalbankiers/Elko* uit 2011 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat recht van openbare orde “strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast”.¹⁰⁴ De vraag rijst wat

⁹¹ HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7032, r.o. 3.3, *NJB* 2008/70.

⁹² Aldus een raadsheer die voor dit onderzoek is geïnterviewd.

⁹³ HR 22 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9137, r.o. 3.2, *NJ* 2001/66; Lock 2014b, par. 6.

⁹⁴ Asser 2015, p. 349-350. Een tussenvorm is te vinden in bijvoorbeeld de artikelen 19, tweede lid, 20, eerste lid, en 71, eerste lid, Rv, waarbij de rechter op verlangen van een der partijen óf ambtshalve ingrijpt.

⁹⁵ Ras & Hammerstein 2017/56a.

⁹⁶ Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 2.3 (online, bijgewerkt 22 maart 2024).

⁹⁷ Ancery 2012/62.

⁹⁸ Vgl. Ancery 2012/48; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/177; Lewin 2011, p. 12; Lindijer 2006/433 e.v.; en Pels Rijcken 1983, p. 178.

⁹⁹ Concl. A-G R.H. de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, par. 4.37 e.v., *JIN* 2021/65, m.nt. S.E. Poutsma; Van der Wiel 2021, p. 323.

¹⁰⁰ Vgl. de artikelen 3:40, eerste lid, en 10:6 BW, en 1065, eerste lid, onderdeel e, Rv; Van der Wiel 2021, p. 323.

¹⁰¹ Snijders & Wendels 2009/234.

¹⁰² Den Hollander 2018, p. 313.

¹⁰³ Asser 2015, p. 349.

¹⁰⁴ HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, r.o. 3.8, *NJ* 2011/167 (*Staalbankiers/Elko*). Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/177 en Ancery 2012/48 herkennen zich in deze beslissing.

er gebeurt met het partijdebat als de rechter recht van openbare ambtshalve toepast.¹⁰⁵ Voor dwingend recht dat niet tevens van openbare orde is, geldt dat de rechter deze rechtsgrond moet aanvullen. Volgens Snijders en Wendels gaat het bij recht van openbare orde echter om ‘superdwingend recht’.¹⁰⁶ Recht van openbare orde moet daarom ook ambtshalve worden *toegepast*.

Net als in de vorige deelparagraaf bestaat er een verschil tussen de aanvulling en de toepassing van rechtsgronden in eerste aanleg en in hoger beroep. Dat verschil komt in de volgende twee deelparagrafen aan bod.

2.1.3.1. Eerste aanleg

De rechter in eerste aanleg moet onderscheid maken tussen dwingend recht en recht van openbare orde. Bij dwingend recht moet hij de rechtsgrond aanvullen. Daarbij heeft de rechter de grenzen van de rechtsstrijd (in de zin van de feitelijke grondslag) te respecteren. Het uit artikel 25 Rv voortvloeiende gebod om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen wordt begrensd door het in deelparagraaf 2.1.2 besproken verbod op het aanvullen van de feitelijke grondslag.¹⁰⁷ Dit verbod brengt met zich dat de aan te vullen rechtsgrond – zoals een herkwalificatie van een overeenkomst – niet mag worden gebaseerd op feiten en omstandigheden die partijen niet aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd.¹⁰⁸ De rechter dient dan ook te beoordelen of de rechtsgrond kan worden afgeleid uit de feitelijke grondslag.¹⁰⁹

Bij recht van openbare orde moet de rechtbank de rechtsgrond ook toepassen.¹¹⁰ In dit geval dient hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden. De rechter zal partijen in de gelegenheid moeten stellen om hun stellingen nader toe te lichten, bijvoorbeeld op een mondelinge behandeling. Op die manier wordt het beginsel van hoor en wederhoor in acht genomen.¹¹¹ De rechter kan partijen slechts tot uitlating in de gelegenheid stellen als de toe te passen rechtsgrond binnen de kaders van artikel 149 lid 1, eerste volzin, Rv valt. Op grond deze wetsbepaling mag de rechter

¹⁰⁵ Ik realiseer mij dat de term ‘partijdebat’ niet eenduidig is. Deze kan slaan op feitelijke grondslag, zoals ik aanneem, maar ook op feiten waaruit het dossier bestaat. Vgl. Valk 2023, p. 77.

¹⁰⁶ Snijders & Wendels 2009/234 en overgenomen door Lock 2014b, par. 6. Controversieel is die term overigens wel. Zie voor die discussie Valk 2023, p. 78-79. Superdwingend recht moet niet worden verward met ‘bijzonder dwingend recht’ als bedoeld in artikel 10:7, eerste lid, BW.

¹⁰⁷ Concl. P-G B.J. Drijber 7 februari 2025, ECLI:NL:PHR:2025:166, par. 3.5; Asser 2015, p. 335; Lock 2016, par. 3; en Stein 2016, par. 4.

¹⁰⁸ Concl. A-G R.H. de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, par. 4.36, *JIN* 2021/65, m.nt. S.E. Poutsma.

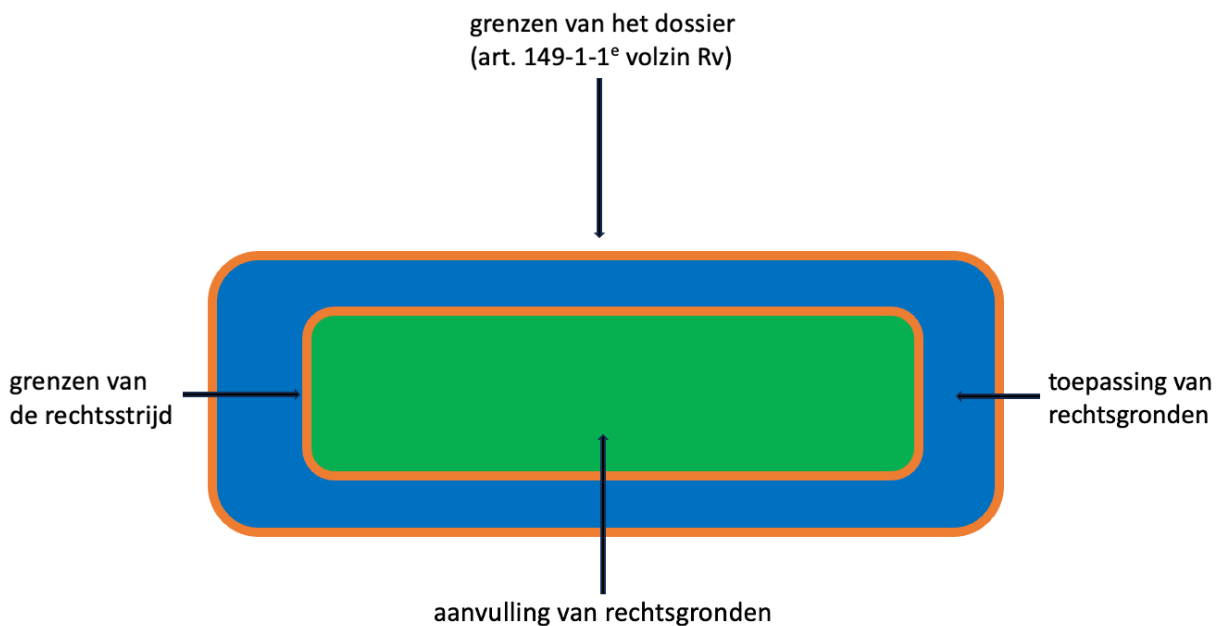
¹⁰⁹ Volgens HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143, r.o. 4.5.2 is het daarbij noodzakelijk, doch ook voldoende, dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, dat ‘deze – eventueel in onderling verband en samenhang bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering – toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond’.

¹¹⁰ Ancery 2012/49.

¹¹¹ Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 100-101.

alleen die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die zijn komen vast te staan.¹¹² Als het dossier onvoldoende feiten bevat om een rechtsgrond te kunnen toepassen,¹¹³ dient de toepassing van die rechtsgrond achterwege te blijven.¹¹⁴

De stand van zaken in de procedure in eerste aanleg is als volgt: waar artikel 25 Rv de rechter gebiedt de rechtsgronden aan te vullen, verbiedt het spiegelbeeldige artikel 24 Rv hem dat buiten de grenzen van de rechtsstrijd te doen.¹¹⁵ Deze regel geldt niet voor de *toepassing* van rechtsgronden. Voor de toepassing van recht van openbare orde dient de rechter de grenzen van de rechtsstrijd te overschrijden, mits hij daarbij binnen de grenzen van artikel 149, lid 1, eerste volzin, Rv blijft.¹¹⁶ Dit is in de onderstaande figuur weergegeven.



Figuur 2. Toetsingskaders in eerste aanleg

2.1.3.2. Hoger beroep

In hoger beroep is de stand van zaken anders. Uit deelparagraaf 2.1.2 blijkt dat de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep een andere betekenis hebben dan in

¹¹² Dit zijn de zogeheten 'ten processe gebleken feiten'. Lewin 2011, p. 17 e.v.

¹¹³ Deze vorm van aanvullen kan eenvoudig worden verward met de aanvulling als bedoeld in artikel 32, eerste lid, Rv, dat gaat over de situatie waarin de rechter heeft verzuimd te beslissen over een onderdeel van het gevorderde of verzochte.

¹¹⁴ Ancery 2012/50.

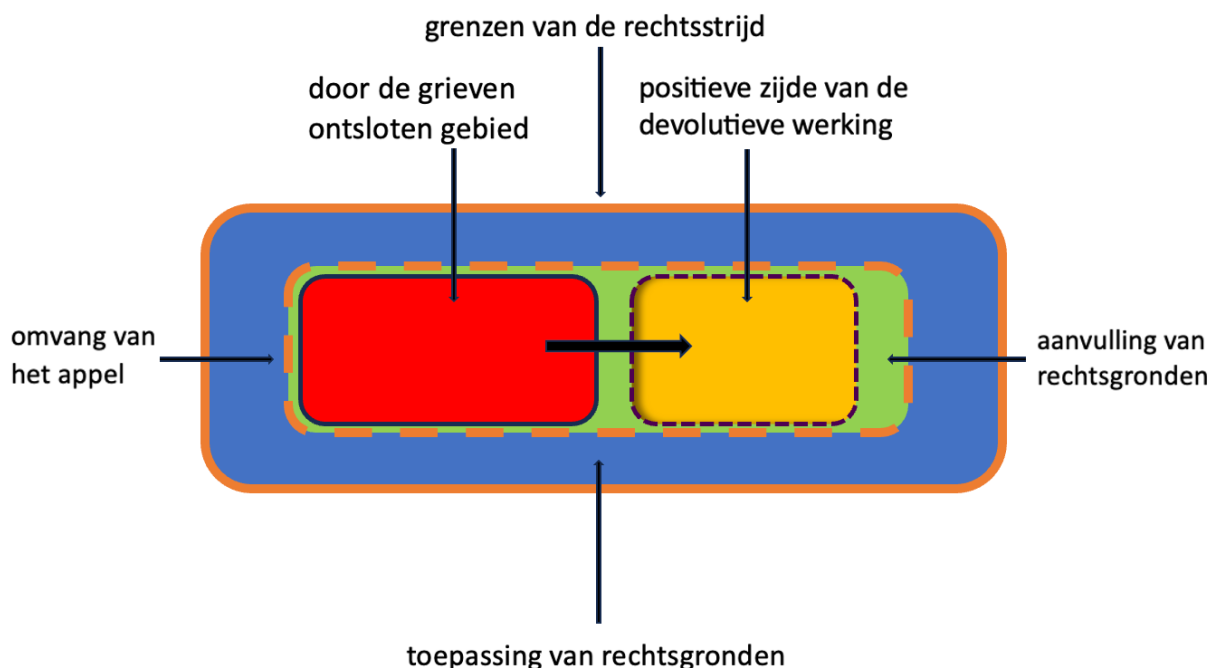
¹¹⁵ Valk 2023, p. 77 (noot 13) hanteert de term spiegelbeeld.

¹¹⁶ Lock 2016, par. 9 constateert – terecht, dunkt me – dat het onderscheid tussen aanvullen en toepassen juist daarin tot uitdrukking komt, dat de rechter een rechtsgrond – terminologisch gesproken – alleen kan aanvullen binnen de grenzen en alleen kan *toepassen* buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

eerste aanleg. Ik zal dit verschil illustreren aan de hand van het voorbeeld uit de vorige deelparagraaf, waarbij ik ditmaal ook de toepassing van rechtsgronden betrek.

In eerste aanleg is gedaagde veroordeeld tot betaling van een boete. In de appeldagvaarding vordert hij vernietiging van deze beslissing. Daarmee trekt de appellant-gedaagde de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep. In zijn memorie van grieven grieft hij slechts tegen de hoogte van de boete. Dit is het door de grieven ontsloten gebied. De appelrechter moet beoordelen of de boete kan worden gematigd. Als deze daarnaast ook de geldigheid van de boete zou toetsen, treedt hij buiten het door de grieven ontsloten gebied. Dat is de appelrechter in beginsel niet toegestaan.

In paragraaf 3.2 zal worden uitgelegd dat het boetebeding een beding is in de zin van de Richtlijn. Een dergelijk beding dient volgens de Hoge Raad op één lijn gesteld te worden met recht van openbare orde.¹¹⁷ De appelrechter moet de geldigheid van het boetebeding daarom op grond van artikel 25 Rv ambtshalve toetsen. Hij is daarbij verplicht om buiten het door de grieven ontsloten gebied te treden, mits hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft. Dit is in de onderstaande figuur weergegeven met het blauwe vlak.



Figuur 3. Toetsingskaders in hoger beroep

¹¹⁷ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.1, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

2.2. Functies van het hoger beroep

In deze tweede paragraaf bespreek ik twee functies van het hoger beroep: die van herkansing en van controle. Paragraaf 2.3 kan worden gelezen in het licht van beide functies.

2.2.1. Herkansing

De herkansingsfunctie wordt beschouwd als één van de belangrijkste functies van het hoger beroep.¹¹⁸ In 1927 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat partijen de beroepsmogelijkheid kunnen benutten voor het herstel van fouten en verzuimen bij de rechtbank.¹¹⁹ Bij een fout denke men aan een vergeten processtuk, bij een verzuim aan het niet in acht nemen van vormvoorschriften.¹²⁰ In 1993 vulde de Hoge Raad zijn uitspraak uit 1927 aan. Een herkansing omvat méér dan alleen het herstel van fouten en verzuimen.¹²¹ De rechtspraak heeft daar een formule voor ontwikkeld: “Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak.”¹²²

De appellerende partij creëert ruimte voor een nieuwe behandeling van de zaak. Hoe omvangrijk die behandeling is, bepaalt de appellant. Om die reden spreken Snijders en Wendels wel van ‘zelfcontrole’: de appellant kan de behandeling in appel zelf vormgeven en controleren.¹²³ Dat doet hij in twee stappen. Eerst trekt hij de grenzen van de rechtsstrijd in de appeldagvaarding en vervolgens onderbouwt hij de vorderingen in de memorie van grieven.¹²⁴ Dit is in andere woorden uitgelegd in deel-paragraaf 2.1.2.2.

In de memorie van antwoord kan de geïntimeerde reageren op de memorie van grieven van de appellant. Hij kan zijn verweer uit eerste aanleg inkorten, herhalen of uitbreiden. De geïntimeerde bepaalt zelf tegen welke grieven hij zich verweert en tegen welke niet.

Het hoger beroep kan twee kanten op werken. Enerzijds heeft de appellant de gelegenheid de grenzen van de rechtsstrijd ten opzichte van de procedure in eerste aanleg te verruimen. Dat doet hij bijvoorbeeld door zijn vorderingen te vermeerderen.¹²⁵ Ook kan de appellant in de memorie van grieven nieuwe stellingen en feiten

¹¹⁸ Van der Wiel 2014, p. 186. Gevrijwaard van elke discussie is deze functie overigens niet. Zie Asser, Groen & Vranken 2003, p. 208; Groeneveld-Tijssens 2023, p. 95.

¹¹⁹ HR 10 juni 1927, ECLI:NL:HR:1927:20, NJ 1927/1107.

¹²⁰ Stein 2016, par. 7 spreekt over ‘omissies’ en ‘misslagen’.

¹²¹ HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050, NJ 1993/714.

¹²² HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000, NJ 1996/395.

¹²³ Snijders & Wendels 2009/3.

¹²⁴ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/4(i).

¹²⁵ Artikelen 353 jo. 129 en 130 Rv. Strikt genomen verruimen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep hierdoor niet, maar neemt de processtof toe.

inbrengen.¹²⁶ Dat kunnen zowel feiten zijn die bij de rechtbank hadden kunnen worden aangevoerd als feiten zijn die zich hebben voorgedaan na afloop van het vonnis (zogenaamde nova).¹²⁷ Net als de appellant is ook de geïntimeerde in staat nieuwe verweren aan te voeren tegen de eisvermeerdering of nieuwe stellingen en feiten van de appellant.¹²⁸ Anderzijds kan de appellant de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep ten opzichte van de procedure in eerste aanleg beperken. Dit doet hij door niet tegen alle beslissingen in het vonnis te appelleren.¹²⁹

2.2.2. Controle

In zekere zin spiegelt de controlefunctie van het appel aan die van herkansing. Waar de herkansingsfunctie ertoe strekt dat partijen hun fouten en verzuimen kunnen herstellen, dient controle ter reparatie van fouten en verzuimen van de lagere rechter door de hogere rechter. Bij fouten denke men aan een onjuiste rechtsopvatting of een innerlijke tegenstrijdigheid in de motivering van een beslissing, bij onvolkomenheden aan een misplaatste bewijswaardering.¹³⁰

Als de eerstelijsrechter recht van openbare orde ten onrechte niet of onjuist heeft toegepast, is het aan de appelrechter om dit ambtshalve te controleren. Hij mag dat slechts doen voor zover de appellant in de appeldagvaarding opkomt tegen een beslissing, maar niet om de juistheid van het vonnis in het algemeen te controleren.¹³¹

2.3. Nationale toetsingssystematiek

2.3.1. *Ebecek/Trudo*

Dit is de laatste paragraaf uit het drieluik over het appelprocesrecht. Vanaf hier gaat het over de rechtsregel die de Hoge Raad in *Heesakkers/Voets* heeft geïntroduceerd en in *Ebecek/Trudo* heeft willen verduidelijken.¹³² In deze rechtsregel vloeien de in paragraaf 2.1 besproken artikelen 23, 24 en 25 Rv samen, net als de herkansings- en controlefunctie van het hoger beroep, die aan bod kwamen in paragraaf 2.2.

In de volgende vier deelparagrafen komen vier onderwerpen aan bod: de plaats van het arrest *Ebecek/Trudo* in de Nederlandse rechtspraak, de casus bij de

¹²⁶ Lock 2014a, p. 47.

¹²⁷ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/129.

¹²⁸ Artikelen 348 jo. 128, derde lid, Rv; Groeneveld-Tijssens 2023, p. 96.

¹²⁹ Hierbij gaat het om beslissingen waarin de appellant in het ongelijk is gesteld.

¹³⁰ Asser & Wendels 2009/3.

¹³¹ Lock 2014b, par. 5(A).

¹³² HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

rechtbank en het gerechtshof, de conclusie van A-G Wissink en de rechtsregel van de Hoge Raad. Deelparagraaf 2.3.2 besluit met enkele kanttekeningen bij die rechtsregel.

2.3.1.1. Plaatsbepaling

Het arrest *Ebecek/Trudo* staat – verkort weergegeven – in een traditie van drie arresten van de Hoge Raad.¹³³

In 2006 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de appelrechter niet ambtshalve is gehouden te beoordelen of een boetebeding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn.¹³⁴ De rechtbank heeft de boete gematigd met 80%. Het gerechtshof kwam tot het oordeel dat de appellanten onvoldoende hadden gesteld om het beding als onredelijk bezwarend aan te laten merken.¹³⁵ Daarop heeft hij het vonnis bekrachtigd. De Hoge Raad was van opvatting dat de appelrechter inderdaad niet ambtshalve hoefde te beoordelen of het boetebeding oneerlijk is, ofschoon de geldigheid van het beding binnen de grenzen van de rechtsstrijd viel.

In 2013 ging de Hoge Raad om. In dit jaar wees hij het arrest *Heesakkers/Voets*.¹³⁶ De rechtbank had de vordering inhoudende een rentevergoeding afgewezen. De appelrechter wees de vordering alsnog toe. In cassatie stelde eiser dat de appelrechter ambtshalve had moeten onderzoeken of de toewijzing van de desbetreffende rentevergoeding oneerlijk is. Eiser krijgt gelijk. Volgens de Hoge Raad is de appelrechter gehouden ambtshalve te beoordelen of een beding in de zin van de Richtlijn oneerlijk is, óók indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden, met dien verstande dat hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft.

In 2015 wees de Hoge Raad het arrest *Beermann/Dexia*.¹³⁷ Deze casus is vergelijkbaar met die uit *Heesakkers/Voets*. De kantonrechter heeft de vordering van Dexia tot betaling van een geldsom, die goeddeels bestond uit schadevergoeding, toegewezen. De appelrechter heeft het vonnis bekrachtigd. In cassatie werd geklaagd dat het gerechtshof zich niet had mogen beperken tot de toelichting op de vordering en het beding ambtshalve had moeten toetsen aan de Richtlijn. Het middel slaagt. Volgens de Hoge Raad had het op de weg van de appelrechter gelegen de nodige instructiemaatregelen te nemen om de juistheid van eisers toelichting te kunnen beoordelen.

¹³³ Korte bespreking in Lock 2014a, p. 51.

¹³⁴ HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, TvA 2008/8, m.nt. H.A. Groen (*Meurs Newowij*).

¹³⁵ Artikel 6:233, onderdeel a, BW.

¹³⁶ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

¹³⁷ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, NJ 2016/439, m.nt. H.B. Krans (*Beermann/Dexia*).

2.3.1.2. Casus

Stichting Trudo ('Trudo') heeft bij schriftelijke overeenkomst een woning verhuurd aan Ebecsek. Trudo is een professionele partij; Ebecsek ('Eiser') consument. Artikel 6.5 van de Algemene voorwaarden huurovereenkomst woonruimte 9 januari 2006 van toepassing ('Algemene voorwaarden') bevat een onderhuurverbod. Het is Eiser verboden om het gehuurde geheel of gedeeltelijk onder te verhuren, tenzij Trudo daarvoor toestemming heeft gegeven. Artikel 6.6 van de Algemene voorwaarden verbindt een consequentie aan onderverhuur zonder toestemming: Eiser moet alle door hem verkregen inkomsten afdragen aan Trudo. Daarenboven bepaalt Artikel 19.1 van de Algemene voorwaarden dat Eiser een onmiddellijk opeisbare boete van € 125 per kalenderdag is verschuldigd aan Trudo als hij enige bepaling uit de Algemene voorwaarden overtreedt.

Twee onderhuurders verklaren dat zij en drie anderen een kamer hebben gehuurd van Eiser. Eiser heeft daarvoor circa € 55.000 ontvangen. In rechte vordert Trudo dat Eiser dit bedrag aan haar afdraagt en een boete betaalt van € 10.000. Ik beperk mij hierna tot de boete.

De kantonrechter is van oordeel dat er sprake is van een consumentenovereenkomst. Het boetebeding valt binnen de reikwijdte van de Richtlijn. De kantonrechter beschikt over onvoldoende gegevens om vast te kunnen stellen hoeveel schade Trudo heeft geleden door Eiser. Zij neemt daarom aan dat er geen sprake is van een oneerlijk beding. De vordering van Trudo wordt toegewezen en Eiser wordt veroordeeld tot betaling van € 10.000.

In hoger beroep vordert Eiser dat het vonnis wordt vernietigd. Op die manier trekt hij grenzen van de rechtsstrijd. Hij richt één grief tegen de beslissing in het vonnis: "Ten onrechte heeft de Kantonrechter de boetevordering van € 10.000, - toegewezen." Eiser doet een beroep op matiging van de boete.¹³⁸

De appelrechter oordeelt dat uit de toelichting op de grief niet blijkt dat de huurder zich richt tegen de beslissing dat er geen sprake is van een oneerlijk beding. In lijn met de kantonrechter gaat de appelrechter uit van de geldigheid van het boetebeding. Hij ziet in de gegeven feiten en omstandigheden evenmin aanleiding de boete te matigen.¹³⁹ De grief faalt en de appelrechter bekrachtigt het vonnis.

In cassatie klaagt Eiser dat de appelrechter was gehouden om de eerlijkheid van het beding ambtshalve, buiten de grieven om, te toetsen aan de Richtlijn. Alvovens het middel wordt besproken aan de hand van de conclusie van A-G Wissink en het arrest van de Hoge Raad, zou ik daarover twee preliminaire opmerkingen willen maken. Ten eerste heeft de kantonrechter vastgesteld dat het boetebeding onder de Richtlijn valt. Eiser noch Trudo heeft geappelleerd tegen die beslissing. Deze is dan ook in kracht van gewijsde gegaan. Ten tweede heeft de kantonrechter vastgesteld

¹³⁸ Artikel 6:94 BW. Hij doet geen beroep op het 'onredelijk bezwarende karakter' van het beding in de zin van artikel 6:233 BW.

¹³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5486, r.o. 4.7 (*Ebecsek/Trudo*).

dat het beding, bij gebrek aan voldoende gegevens, niet kan worden aangemerkt als oneerlijk. Het boetebeding valt dus én onder de Richtlijn én is niet oneerlijk.

2.3.1.3. A-G Wissink

De conclusie van A-G Wissink bestaat uit twee delen. In het eerste deel gaat de A-G in abstracto in op de vraag of de appelrechter ambtshalve moet toetsen aan de Richtlijn en in het tweede deel of het gerechtshof dat ook in dit geval had moeten doen.¹⁴⁰ In de volgende twee deelparagrafen bespreek ik beide delen in volgorde.

2.3.1.3.1. In abstracto

Wissink merkt allereerst op dat de appelrechter op basis van Unierechtspraak ook buiten het door de grieven ontsloten gebied moet toetsen aan de Richtlijn, mits hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft. Die rechtspraak komt uitgebreider aan bod in paragraaf 3.3. In deze deelparagraaf sta ik stil bij de relevante Nederlandse rechtspraak.

In het genoemde arrest *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad het volgende beslist over ambtshalve toetsing aan de Richtlijn: “[...] de appelrechter is gehouden ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de in [de] Richtlijn [...] gegeven criteria oneerlijk is, ook indien hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. Volgens het Nederlands appelprocesrecht behoort de rechter immers recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren.”¹⁴¹ Dit betekent dat de appelrechter niet bevoegd is tot nader onderzoek als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering niet is opgekomen in de appeldagvaarding.

In het eveneens genoemde arrest *Beermann/Dexia* heeft de Hoge Raad deze rechtsregel aangevuld. Wat wordt er van de rechter verwacht als hij niet over voldoende gegevens beschikt om een oneerlijk beding te kunnen toetsen? Daartoe overweegt de Hoge Raad het volgende: “Wanneer niet alle terzake dienende feiten vaststaan, zal de rechter de instructiemaatregelen moeten nemen die nodig zijn om de volle werking van de Richtlijn te verzekeren, zowel wat betreft de toepasselijkheid van de Richtlijn, als wat de mogelijke oneerlijkheid van het beding aangaat.”¹⁴² De appelrechter mag slechts instructiemaatregelen nemen als de toepasselijkheid van de Richtlijn en de oneerlijkheid van het beding binnen de grenzen van de rechtsstrijd

¹⁴⁰ Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.8.1. e.v. resp. par. 3.10 e.v., *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp.

¹⁴¹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.6.3, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Vgl. twee vroege arresten HR 17 december 1925, *NJ* 1926, p. 193 en HR 15 juni 1934, *NJ* 1934, m.nt. P. Scholten, p. 1297.

¹⁴² HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, r.o. 3.7, *NJ* 2016/439, m.nt. H.B. Krans (*Beermann/Dexia*).

vallen. Hij moet die instructies nemen indien hij over de daartoe noodzakelijke gegevens beschikt maar niet over alle relevante gegevens.

Samen kennen *Heesakkers/Voets* en *Beermann/Dexia* kortom twee vereisten voor ambtshalve toetsing aan de Richtlijn: de vordering valt binnen de grenzen van de rechtsstrijd en de appelrechter ziet inhoudelijk aanleiding voor een ambtshalve onderzoek. De A-G gaat in dit verband in op de grenzen van de rechtsstrijd en de omvang van het appel. Volgens Wissink komen beide termen met elkaar overeen. Beide gaan over beslissingen waartegen in hoger beroep is opgekomen en waarover de appelrechter een oordeel moet vellen.¹⁴³ In paragraaf 2.1.2 heb ik geïllustreerd dat de grenzen van de rechtsstrijd en de omvang van het appel van elkaar moeten worden onderscheiden.¹⁴⁴

2.3.1.3.2. In concreto

Wissink bespreekt drie mogelijke redenen waarom het boetebeding in *Ebecek/Trudo* niet ambtshalve door de appelrechter getoetst zou hoeven worden: 1) hij mag het niet, 2) de Richtlijn verplicht het hem niet, of 3) de consument wil het niet. Ik ga in deze deelparagraaf alleen in op de eerste mogelijkheid; de tweede komt aan de orde in paragraaf 3.2 en de derde mogelijkheid in deelparagraaf 2.3.2.

Ebecek/Trudo valt binnen de zojuist geschetste kaders van *Heesakkers/Voets* en *Beermann/Dexia*. Eiser is opgekomen tegen de beslissing tot toewijzing van de boete. De A-G merkt vervolgens het volgende op over de grief: “Het blijkt niet dat [Eiser] de omvang van zijn appel in zijn memorie van grieven nader heeft willen beperken. [Eiser] heeft slechts het debat op het punt van de toewijsbaarheid van de boete verengd door met zijn grief alleen de matiging van de boete aan de orde te stellen.” Dit blijkt uit het feit dat Eiser in zijn memorie van grieven het debat heeft willen verenigen tot matiging van de boete. De geldigheid van de boete valt dus binnen de grenzen van de rechtsstrijd maar buiten het door de grieven ontsloten gebied. In zoverre is voldaan aan het eerste vereiste uit *Heesakkers/Voets*.

A-G Wissink constateert dat ook wordt voldaan aan het tweede vereiste uit *Beermann/Dexia*. De A-G stelt dat de beslissing van de kantonrechter, dat er onvoldoende gegevens waren om het beding te kunnen toetsen aan de Richtlijn, niet afdoet aan de verplichting van de appelrechter om ambtshalve te onderzoeken of er noodzakelijke gegevens zijn, feitelijk een rechtens, om het beding te beoordelen. Volgens Wissink beschikte de appelrechter over de noodzakelijke gegevens die doen vermoeden dat de huurovereenkomst onder het bereik van de Richtlijn valt en dat de Algemene voorwaarden een oneerlijk beding kunnen bevatten. De A-G concludeert dat het gerechtshof ten onrechte is uitgegaan van de geldigheid van het boetebeding.

¹⁴³ Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.9 (i), *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp.

¹⁴⁴ Met Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/177(a) ben ik van mening dat grenzen van de rechtsstrijd een zuivere term is. In dezelfde zin Ras & Hammerstein 2017, die deze frase in hun boektitel hebben verwerkt; in andere zin Lewin 2011, p. 15; Lock 2014a, p. 49-50.

Als ik Wissink goed begrijp, heeft het gerechtshof niet zozeer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het van oordeel is dat het niet beschikte over voldoende gegevens. Dit oordeel was de appelrechter blijkens zijn motivering niet toegedaan. De rechterlijke toetsingsplicht liep dus niet stuk op het tweede vereiste uit *Beermann/Dexia*. De oorzaak is veeleer gelegen in het eerste vereiste uit *Heesakkers/Voets*. De appelrechter had het beding ambtshalve moeten toetsen buiten het door de grieven ontsloten gebied, want de geldigheid van het boetebeding viel binnen de grenzen van de rechtsstrijd. De conclusie van de A-G strekt tot vernietiging van het arrest.

2.3.1.4. Hoge Raad

De Hoge Raad volgt A-G Wissink en vernietigt het arrest van het gerechtshof. Bij de beoordeling van het middel gaat de Hoge Raad slechts in op de vraag of de appelrechter het boetebeding in dit geval ambtshalve had moeten toetsen aan de Richtlijn.

Volgens de Hoge Raad is de appelrechter net als de kantonrechter ten onrechte uitgegaan van de geldigheid van het boetebeding. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de geldigheid van de boete enerzijds en de hoogte van de boete anderzijds. In zijn appeldagvaarding heeft Eiser vernietiging van het vonnis gevorderd. Daardoor valt de beslissing over de geldigheid van de boete binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Om die reden had de appelrechter het beding ambtshalve moeten toetsen aan de Richtlijn, ofschoon de memorie van grieven was beperkt tot de hoogte van de boete.

Vervolgens merkt de Hoge Raad op dat de rechtsregel uit *Heesakkers/Voets* verschillend is opgevat in de literatuur. In *Ebecek/Trudo* heeft hij deze rechtsregel willen verduidelijken. Volgens de Hoge Raad zijn de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied niet met elkaar te vereenzelvigen.¹⁴⁵ Hoewel hij geen concrete voorbeelden geeft of uitlegt waarom dat niet het geval is, ligt het antwoord op die vraag voor de hand. Termen als ‘grenzen’, ‘rechtsstrijd’, ‘grieven’ en ‘gebied’ kennen geen wettelijke omschrijving. Ook worden deze verschillend uitgelegd in de literatuur en de rechtspraak.¹⁴⁶ Dat geldt a fortiori voor de woordcombinatie ‘grenzen van de rechtsstrijd’ en ‘het door de grieven ontsloten gebied’.¹⁴⁷ “Wat daar precies mee bedoeld is, wordt niet duidelijk”,¹⁴⁸ “Dat kan tot misverstanden en

¹⁴⁵ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.2, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

¹⁴⁶ Vgl. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7494, r.o. 3.2.3, NJ 2013/24, m.nt. H.J. Snijders; HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3129, r.o. 3.4.2, JIN 2013/51, m.nt. P.C.M. Kemp; en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.2, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*). Uitvoerig in Lock 2014a, p. 48-52; Stein 2016, par. 13-14.

¹⁴⁷ Illustratief voor de onduidelijkheid over de grenzen van de rechtsstrijd is de door Valk 2023, p. 78-79 weergegeven discussie ‘Hartkamp/Snijders’ (zie Hartkamp 2007; Snijders 2008), die voortbordurt op Vriensdorp 1970.

¹⁴⁸ Snijders & Wendels 2009/234.

spraakverwarring aanleiding geven”,¹⁴⁹ “Waar ligt die grens dan wel?”¹⁵⁰ en “In de praktijk is en blijft onduidelijk [hoe die begrippen] zich onderling verhouden.”¹⁵¹

Dat brengt de Hoge Raad bij een beschrijving van de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied. Hij overweegt: “Het verschil tussen beide komt in een geval als het onderhavige naar voren wanneer de appellant vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is.”¹⁵² Op het eerste oog is de reikwijdte van deze beschrijving beperkt tot *Ebecek/Trudo*. Dit blijkt uit de woorden ‘in een geval als het onderhavige’ en ‘gevorderde boete’. Ik denk echter dat de overweging van de Hoge Raad een algemene strekking heeft en ook van toepassing is op andere oneerlijke bedingen in de zin van de Richtlijn.

Het is de vraag of de Hoge Raad de verhouding tussen de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied in *Ebecek/Trudo* heeft verduidelijkt. Ik denk van niet.¹⁵³ De Hoge Raad was al duidelijk in *Heesakkers/Voets*, waarin hij vrijwel dezelfde bewoordingen gebruikt. Toen overwoog de Hoge Raad dat de appelrechter niet tot ambtshalve onderzoek is gehouden “als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven”.¹⁵⁴

Daaruit blijkt dat de grenzen van de rechtsstrijd worden getrokken door de appeldagvaarding. Als de appellant niet opkomt tegen de toe- of afwijzing van een vordering, is de appelrechter niet bevoegd te onderzoeken of een beding, dat op zichzelf onder de Richtlijn valt of zou kunnen vallen, moet worden aangemerkt als oneerlijk. Hij mag dat onder deze omstandigheden evenmin als de beslissing van de rechtbank berust op een evident onjuiste rechtsopvatting.¹⁵⁵ De beslissing is in kracht van gewijsde gegaan.¹⁵⁶

2.3.2. Reflectie

In de voorgaande deelparagrafen kwam *Ebecek/Trudo* op drie manieren aan bod: bij de feitenrechters, in de conclusie van A-G Wissink en als rechtsregel van de Hoge Raad. In deelparagraaf 2.3.2.1 geef ik mijn beschouwing van de rechtsregel en in deelparagraaf 2.3.2.2 bespreek ik de kritiek uit de literatuur.

¹⁴⁹ Lock 2014a, p. 48.

¹⁵⁰ Stein 2016, par. 12.

¹⁵¹ Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 92.

¹⁵² HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.2, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

¹⁵³ In andere zin Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 103; Stein 2016, par. 1 en 16.

¹⁵⁴ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.6.3, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

¹⁵⁵ Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 101.

¹⁵⁶ Artikel 236 Rv; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/4(ii); Lock 2014a, p. 47-48; Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 89; en Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 99.

2.3.2.1. Eigen beschouwing

De rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* komt tot uitdrukking in een meeromvattende regel. Die regel zou in één zin als volgt kunnen luiden: “als de grieven falen, dan bekrachtigt de appelrechter het vonnis, tenzij de rechter in eerste aanleg een beding in de zin van de Richtlijn ten onrechte niet of onjuist heeft getoetst en dat beding buiten het door de grieven ontsloten gebied valt maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd, tenzij de consument zich daartegen verzet”. Hier laten zich drie elementen uit afleiden: een als-dan-redenering, een tenzij-regel en een verzet-regel. Die zal ik hierna in volgorde toelichten.

De als-dan-redenering bepaalt dat als de grieven falen, de appelrechter het vonnis van de rechtbank bekrachtigt. Uit het falen van de grieven vloeit voort dat de omvang van het appel beperkt blijft tot de negatieve zijde van de devolutieve werking.

De tenzij-regel bestaat uit drie cumulatieve vereisten. Ten eerste moet de rechter in eerste aanleg een beding ten onrechte niet of onjuist hebben getoetst, ten tweede valt het beding binnen de grenzen van de rechtsstrijd en ten derde valt het beding buiten de grieven. Indien de appelrechter van oordeel is dat niet wordt voldaan aan één of meer vereisten, bekrachtigt hij het vonnis. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de appellant niet opkomt tegen een beslissing over een oneerlijk beding of als hij grieft tegen de geldigheid van een beding.

Als de appelrechter daarentegen van oordeel is dat aan alle drie vereisten is voldaan, moet hij het beding vernietigen. Dit is slechts anders wanneer de consument zich daartegen verzet. Daar kom ik in de volgende deelparagraaf op terug.

Het bijzondere aan de meeromvattende regel is dat de hogere rechter een feitelijk onbestreden beslissing van de lagere rechter alsnog moet toetsen. De enge leer staat dat niet toe.¹⁵⁷ Volgens deze leer staan beslissingen waar niet tegen wordt gegriefd, vast.¹⁵⁸ De rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* laat zich lezen als een verruiming van de enge leer. Die ruime leer of ‘openbare-orderregel’¹⁵⁹ wordt verklaard door het feit dat de Richtlijnbevestigingen worden aangemerkt als recht van openbare orde.¹⁶⁰ Op grond van artikel 25 Rv past de rechter deze rechtsgrond ambtshalve toe.¹⁶¹ Hierin komt de controlefunctie van het hoger beroep sterk tot uitdrukking.

¹⁵⁷ Over de enge en ruime leer Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/171; Snijders & Wendels 2009/233 e.v.

¹⁵⁸ Uitvoeriger in Ras & Hammerstein 2017/44 e.v.

¹⁵⁹ Lewin 2011, p. 16.

¹⁶⁰ HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, r.o. 35 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

¹⁶¹ Ook Lock 2016, par. 1 beklagt zich daarover.

2.3.2.2. Literatuur

Zoals in het inleidende hoofdstuk is opgemerkt, zijn er legio schrijvers die over de rechterlijke toetsingsplicht hebben geschreven.¹⁶² Minder schrijvers bespreken deze verplichting in het kader van het hoger beroep.¹⁶³ Een aantal daarvan passeert hierna de revue.

Stein merkt op dat de Hoge Raad de grenzen van de rechtsstrijd op tweeërlei manier gebruikt.¹⁶⁴ In eerste aanleg worden de grenzen van de rechtsstrijd getrokken door de vordering voor zover daartegen verweer is gevoerd; in hoger beroep is het verweer irrelevant, mits de vordering onderdeel is van het appelpetium. Ik vraag mij af of Stein de grenzen van de rechtsstrijd in eerste aanleg juist weergeeft. In deelparagraaf 2.1.2.1 is uitgelegd dat de grenzen van de rechtsstrijd in eerste aanleg worden getrokken door de feitelijke grondslag. Dat heb ik geprobeerd te illustreren met figuur 2 (p. 21). In hoger beroep daarentegen mag de appelrechter de grenzen van de rechtsstrijd niet overschrijden, ook niet als hij een rechtsgrond moet toepassen. Dit is beschreven in deelparagraaf 2.1.2.2 en komt tot uitdrukking in figuur 3 (p. 22).

Krans bekritiseert de terminologie van de Hoge Raad.¹⁶⁵ In *Ebecsek/Trudo* spreekt de Hoge Raad over regels van de Richtlijn die als recht van openbare orde zijn ‘aan te merken’. Aanmerken suggereert dat deze regels van openbare orde zijn. Krans stelt dat het HvJ EU in 2009 heeft overwogen dat artikel 6 lid 1 Richtlijn moet worden beschouwd als een norm die ‘gelijkwaardig’ is aan nationale regels van openbare orde.¹⁶⁶ Ook Hartkamp, Van Leuken en Stein wijzen op de terminologische koerswijziging van de Hoge Raad ten opzichte van *Heesakkers/Voets*.¹⁶⁷

In deelparagraaf 2.1.3 is opgemerkt dat recht van openbare orde niet ter vrije beschikking van partijen staat.¹⁶⁸ Dit ligt anders bij Richtlijnbevestigingen. Deze worden niet toegepast als de consument zich tegen toepassing verzet.¹⁶⁹ Dat is het derde aspect van de meeromvattende regel uit de vorige deelparagraaf. De appelrechter moet de consument informeren over de mogelijkheid af te zien van de bescherming door de Richtlijn en de gevolgen die dat heeft.¹⁷⁰ Ik ben het met Krans, Hartkamp, Stein en Van Leuken eens dat de Hoge Raad dit aspect niet tot uitdrukking brengt in

¹⁶² Asser 2015; Ancery 2012; Ancery 2014; Ancery 2018; Ancery & Pavillon 2014; Ancery & Krans 2016; Van Duin 2019; Van Duin & Leone 2023; Hartkamp 2010; Den Hollander 2018; Van Leuken 2017; Lock 2014a; Pavillon 2014a; Pavillon 2014b; Vandenbussche 2023; en Wolters 2017.

¹⁶³ Lock 2014a; Nieuwenhuijs & Möhring 2016; en Van Rossum & Van der Minne 2017.

¹⁶⁴ Stein 2016, par. 14.

¹⁶⁵ Krans 2017.

¹⁶⁶ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 35, *NJ* 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*).

¹⁶⁷ Hartkamp 2016, par. 5; Van Leuken 2017, par. 8.3.1.1; en Stein 2016, par. 15.

¹⁶⁸ Ancery 2012/48; Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2022/177; Lock 2014b, par. 6; Snijders & Wendels 2009/234; en Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 6 (online, bijgewerkt 22 maart 2024).

¹⁶⁹ HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, r.o. 35, *NJ* 2009/395 m.nt. M.R. Mok (*Pannon*).

¹⁷⁰ HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, r.o. 35; Ancery 2012/53; Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 90; Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 99; en Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 6 (online, bijgewerkt 22 maart 2024).

Ebecek/Trudo. Dat wekt de indruk dat de implementatiewetgeving daadwerkelijk van openbare orde is. In deelparagraaf 3.3.2 kom ik terug op de vraag of dit het geval is.

Van der Hoek constateert dat de rechterlijke toetsingsplicht in feite absoluut is.¹⁷¹ De consument zal zich niet snel verzetten tegen toepassing van de Richtlijn. De enkele omstandigheid dat hij wel is opgekomen tegen een beslissing, maar daar niet tegen heeft gegriefd, is volgens A-G Wissink onvoldoende om te concluderen dat de consument zich dus verzet tegen rechterlijke toetsing.¹⁷² De appelrechter die twijfelt aan de wil van de consument kan volgens Wissink “bij tussenarrest of op de mondelinge behandeling de vraag voorleggen of [de consument] wil dat het beding wordt beoordeeld”.¹⁷³

Het Unierecht lijkt te worden ingezet om doelen te realiseren die buiten het appelprocesrecht liggen, zoals consumentenbescherming.¹⁷⁴ Van Schaick en Valk noemen dat de ‘instrumentalisering van het burgerlijk procesrecht’.¹⁷⁵ Van Rossum en Van der Minne stellen dat het appelprocesrecht daar niet goed op is ingericht.¹⁷⁶ Het uitgangspunt is dat de civiele rechter lijdelijk is.¹⁷⁷ Ook Nieuwenhuijs en Möhring benadrukken deze lijdelijke rol.¹⁷⁸ De in beginsel strakke regel laat de appelrechter weinig ruimte om in te grijpen buiten de partijen om. Mede om deze reden gaat het Unierecht gepaard met gecompliceerde constructies in het nationale recht.¹⁷⁹

De term ‘gecompliceerde constructies’ suggereert dat de rechterlijke toetsingsplicht gecompliceerd is. De appelrechter toetst ambtshalve aan de Richtlijn, mits de vordering binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt en hij inhoudelijk aanleiding ziet voor nader onderzoek. De vraag rijst in hoeverre de toevoeging ‘buiten het door de grieven ontsloten gebied’ relevant is. De rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* zou immers ook als volgt kunnen worden geformuleerd: “de appelrechter toetst ambtshalve aan de Richtlijn, tenzij de vordering buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt”.¹⁸⁰

Het is niet zeker of deze formulering standhoudt. Uit de artikelen 347 en 349 Rv vloeit voort dat een memorie van grieven zonder grieven leidt tot niet-

¹⁷¹ Van der Hoek 2016, onderdelen b en c.

¹⁷² Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.25.2, *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp.

¹⁷³ Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.27, *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp; HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 3.1.18, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato*).

¹⁷⁴ Van Schaick en Valk delen niet dezelfde opvatting. Van Schaick 2023, p. 74 erkent de instrumentalisering van het burgerlijk procesrecht en benadrukt de partijdige rol waarin zulk procesrecht de rechter dwingt; Valk 2023, p. 81-82 wijst erop dat het procesrecht naar zijn aard juist instrumenteel is en beschouwt doelen als ongelijkheidscompensatie en maatschappelijk effectieve rechtspraak niet als een toenemende instrumentalisering van het burgerlijk procesrecht. Vgl. Drijber & Mak 2024; Jansen 2025; Mak & Pavillon 2025; en Vranken 2025.

¹⁷⁵ Van Schaick 2023; Valk 2023.

¹⁷⁶ Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 103.

¹⁷⁷ Vgl. de verruiming van dit uitgangspunt in artikel 24, tweede lid, Rv.

¹⁷⁸ Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 91.

¹⁷⁹ Lock 2014a, p. 52.

¹⁸⁰ In vergelijkbare zin Lock 2014a, p. 52.

ontvankelijkheidsverklaring van de appellant.¹⁸¹ Daaruit leidt Ancery af dat de rechterlijke toetsingsplicht niet wordt geactiveerd als er geen grieven zijn.¹⁸² De appelrechter verklaart de appellant dan in de eerste plaats niet-ontvankelijk in zijn beroep.

Volgens diverse schrijvers ligt deze volgorde – eerst de niet-ontvankelijkheidsverklaring, daarna de rechterlijke toetsingsplicht – niet voor de hand. Nieuwenhuijs en Möhring, Ras en Hammerstein, en Snijders en Wendels zijn van mening dat de toetsingsplicht juist voorafgaat aan de (niet-)ontvankelijkheidsverklaring van de appellant.¹⁸³ Vanuit het oogpunt van consumentenbescherming lijkt mij deze benadering het meest wenselijk. Ook als de artikelen 347 en 349 Rv zouden worden uitgelegd op de wijze van Ancery, geldt de rechterlijke toetsingsplicht onverkort op grond van het doeltreffendheidsbeginsel. Dat zal ik uitleggen in deelparagraaf 3.3.2.

Ancery merkt verder op dat een actieve appelrechter op gespannen voet staat met de verdedigingsmogelijkheden van partijen.¹⁸⁴ Dit komt door de in beginsel strakke regel. Wanneer de appelrechter instructiemaatregelen neemt, opent hij een debat over een nieuw aspect. De overeenkomst blijkt bijvoorbeeld onder de Richtlijn te vallen of de algemene voorwaarden blijken een oneerlijk beding te bevatten. Volgens Ancery kan een partij zijn koers dan niet meer veranderen. Dat verdraagt zich volgens hem niet erg goed met het beginsel van de goede procesorde. Ik denk dat de goede procesorde juist wordt gediend door *Beermann/Dexia*. Op grond van dit arrest moet de appelrechter partijen over en weer in staat stellen om te reageren op nieuwe aspecten in de procedure. Daarmee wordt recht gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en wordt tegelijk een verrassingsbeslissing voorkomen.

De goede procesorde kan ook op een andere manier tot uitdrukking komen. Lewin betoogt dat naarmate de procedure langer duurt, de ruimte voor ambtshalve toetsing afneemt.¹⁸⁵ De wisselwerking tussen de duur van de procedure enerzijds en de intensiteit van de rechterlijke toetsingsplicht anderzijds, wordt volgens hem beheerst door de goede procesorde. De eisen van de goede procesorde kunnen zich ertegen verzetten dat een bepaalde rechtsregel in een laat stadium wordt toegepast, óók als deze van openbare orde is. Dat zal zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoen.¹⁸⁶ Wat tegen Lewins betoog pleit, is dat de appelrechter op grond van artikel 20 lid 1 Rv moet waken tegen een onredelijke vertraging van de procedure. Daarnaast staat zijn idee op gespannen voet met het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel, die worden besproken in de volgende paragraaf.

¹⁸¹ Vgl. Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 90.

¹⁸² Ancery 2013, p. 336.

¹⁸³ Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 91; Ras & Hammerstein 2017/23; en Snijders & Wendels 2009/165.

¹⁸⁴ Ancery 2012/253.

¹⁸⁵ Lewin 2011, p. 19.

¹⁸⁶ Volgens Lindijer 2006/431 kan het begrip goede procesorde eng of ruim worden uitgelegd.

3. Tweede drieluik

3.1. Beginselen

In het tweede drieluik wordt de procedure in hoger beroep belicht vanuit een Unierechtelijk perspectief. In paragraaf 3.1 ga ik in op vier beginselen uit het Unierecht, in paragraaf 3.2 staat de Richtlijn centraal en in paragraaf 3.3 de prejudiciële beslissing *Unicaja Banco*. Slotdeelparagraaf 3.3.2 vergelijkt deze uitspraak met de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo*.

3.1.1. Procedurele autonomie

Soms schrijft het Unierecht voor hoe een Unierechtelijke regel ten uitvoer moet worden gelegd in de nationale rechtsorde. Is dit niet het geval, dan is er sprake van een leemte. Volgens het HvJ EU is het aan lidstaten om die leemte te vullen.¹⁸⁷ Hoe een lidstaat dat doet, bepaalt deze zelf. Aan de hand van nationale procedureregels bepalen lidstaten hoe zij het Unierecht ten uitvoer leggen.¹⁸⁸ Dit staat bekend als het beginsel van procedurele autonomie.¹⁸⁹

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU komt het beginsel van procedurele autonomie tot uitdrukking in de regel dat de nationale rechter het nationale recht exclusief uitlegt en toepast.¹⁹⁰ Het HvJ EU beschrijft dit beginsel als volgt: “[Er moet aan] worden herinnerd dat, bij gebreke van een Unierechtelijke regeling, de regels met betrekking tot hogere beroepen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, krachtens het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van de interne rechtsorde van die staten zijn.”¹⁹¹ Hoewel het HvJ EU de nationale traditie daarbij zoveel mogelijk respecteert,¹⁹² is het respect aan grenzen gebonden.

In 1976 heeft het HvJ EU twee beperkingen gesteld.¹⁹³ De procedurele autonomie wordt beperkt – of beter gezegd: gestroomlijnd – door het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Het beginsel van gelijkwaardigheid houdt in dat het nationale recht zaken van nationale en Unierechtelijke aard gelijk moet behandelen,

¹⁸⁷ HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*); HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*).

¹⁸⁸ Van Schaick 2023, p. 70.

¹⁸⁹ Vgl. Ortlep 2011, par. 2.3.1.

¹⁹⁰ HvJ EU 9 juli 2020, C-698/18 en C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, r.o. 46 (*Raiffeisen Bank en BRD Groupe Société Générale*).

¹⁹¹ HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, r.o. 42, NJ 2013/487 (*Asbeek Brusse*).

¹⁹² Vrendenburg 2018/35.

¹⁹³ HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*); HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*).

het beginsel van doeltreffendheid dat nationale procedureregels de verwezenlijking van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.

3.1.2. Gelijkwaardigheid

In deelparagraaf 2.1.3.2 is uitgelegd dat de appelrechter de rechtsgronden op grond van artikel 25 Rv ambtshalve moet aanvullen. Het Unierecht is net als dwingend recht of recht van openbare orde een rechtsgrond. Unierechtelijke bepalingen die tevens van openbare orde zijn, moeten op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel op dezelfde wijze worden behandeld als nationaal recht van openbare orde. Hoewel het niet altijd duidelijk is welke onderdelen van het Unierecht van openbare orde zijn en welke niet, is het vaste rechtspraak dat bepalingen uit de Richtlijn moeten worden aangemerkt als recht van openbare orde.¹⁹⁴ De appelrechter zal deze rechtsgrond dus ambtshalve moeten toepassen.

In *Ebecek/Trudo* heeft de Hoge Raad erkend dat Richtlijnbeepalingen “op één lijn moeten worden gesteld met bepalingen die naar nationaal recht hebben te gelden als bepalingen van openbare orde”.¹⁹⁵ De rechterlijke toetsingsplicht uit *Ebecek/Trudo* is daarom in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel.¹⁹⁶

3.1.3. Doeltreffendheid

Het doeltreffendheidsbeginsel schrijft voor dat het nationale recht het in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken om een Unierecht uit te oefenen. Volgens Asser brengt dit beginsel met zich dat van de rechter mag worden verwacht dat hij ‘nationale procesrechtelijke belemmeringen’ doorbreekt. Dit is het geval indien het betrokken Unierecht zodanig fundamenteel is, dat een dergelijke doorbreking is geboden.¹⁹⁷ Van zodanig fundamenteel Unierecht is sprake als het gaat om recht van openbare orde of recht dat daarmee op één lijn wordt gesteld, zoals de Richtlijnbeepalingen. Volgens Asser kan het doeltreffendheidsbeginsel vereisen dat de rechter de grenzen van de rechtsstrijd moet overschrijden. Het is echter niet duidelijk over welke grenzen het daarbij gaat: zijn dat de grenzen in eerste aanleg of in hoger beroep?

Het Unierecht beantwoordt deze vraag niet.¹⁹⁸ Er is dus sprake van een leemte. Uit het beginsel van procedurele autonomie vloeit voort dat het antwoord

¹⁹⁴ HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, r.o. 44, NJ 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*); HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, r.o. 35 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

¹⁹⁵ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.1, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

¹⁹⁶ Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 88; Ortlep 2011, par. 2.3.1.

¹⁹⁷ Asser 2015, p. 352.

¹⁹⁸ In vergelijkbare zin Lock 2014a, p. 45; Pavillon 2024b, par. 10.

op de vraag of een doorbreking van nationale procedureregels is vereist, in de eerste plaats een zaak is van de nationale rechtsorde.¹⁹⁹ In deelparagraaf 2.1.3.1 is uitgelegd dat de rechtbank binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet blijven als zij een rechtsgrond aanvult. Zij dient deze grenzen te overschrijden als zij recht van openbare orde moet toepassen. De appelrechter is daar blijkens deelparagraaf 2.1.3.2 niet toe bevoegd. Hij mag nimmer buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden. Ik beperk mij hierna tot het hoger beroep.

Of het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat de appelrechter afwijkt van de rechtsregel in *Ebecek/Trudo*, is afhankelijk van de plaats van deze rechtsregel in de gehele procedure.²⁰⁰ Volgens het HvJ EU wordt de procedure ingekleurd door beginselen uit het nationale recht.²⁰¹ Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden zegt, berust de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* op vier beginselen: het beginsel van hoor en wederhoor, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van de goede procesorde en het beginsel van kracht van gewijsde. Het blijft dus een open vraag of deze rechtsregel het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om het consumentenrecht uit te oefenen.²⁰² Daar kom ik in deelparagraaf 3.3.2 op terug.

3.1.4. Finaliteit

De Nederlandse rechtsorde kent de beginselen van kracht en gezag gewijsde.²⁰³ Een vonnis waartegen geen gewone rechtsmiddelen meer openstaan, gaat in kracht van gewijsde. De beslissingen in dat vonnis hebben in een andere procedure tussen dezelfde partijen bindende kracht. Zij staan onherroepelijk vast en hebben gezag van gewijsde.

Het Unierecht kent het onderscheid tussen kracht en gezag van gewijsde niet.²⁰⁴ Wel maakt het HvJ EU gebruik van het beginsel van finaliteit of *res iudicata*. Het beginsel van finaliteit houdt in dat beslissingen definitief zijn geworden nadat de beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of doordat de beroepstermijn is verlopen. In een andere procedure kunnen deze beslissingen niet opnieuw in het geding worden gebracht. Volgens het HvJ EU dient *res iudicata* zowel de stabiliteit van het recht als van de rechtsbetrekking tussen partijen. Het garandeert een goede rechtsbedeling.²⁰⁵

¹⁹⁹ HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, r.o. 42, *NJ* 2013/487 (*Asbeek Brusse*).

²⁰⁰ HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441, r.o. 17 en 19, *AB* 1996/92, m.nt. F.H. van der Burg (*Van Schijndel*).

²⁰¹ HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, r.o. 28, *RvdW* 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

²⁰² Dit is een rekbaar begrip. Enerzijds is daar de stelling van Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 90: 'Dat het doeltreffender kán betekenen niet dat het niet doeltreffend is.' Anderzijds schrijft Van Schaick 2023, p. 72 dat het HvJ EU niet alleen uit is op de *mogelijkheid* om op te komen tegen een mogelijke schending van de Richtlijn, doch een *daadwerkelijke ongedaanmaking* van die schending nastreeft.

²⁰³ Artikel 236, eerste en derde lid, Rv.

²⁰⁴ Pavillon 2024a, par. 4.

²⁰⁵ Vgl. HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 35-36, *NJ* 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*); HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, r.o. 46 (*Banco Primus*).

Het beginsel van finaliteit komt dan ook ongeveer op hetzelfde neer als de beginselen van kracht en gezag van gewijsde.²⁰⁶

3.2. Richtlijn oneerlijke bedingen

In deze paragraaf ga ik uitvoeriger in op de Richtlijn. In deelparagraaf 3.2.1 wordt aandacht besteed aan het doel en de strekking van Richtlijnbepalingen en in deelparagraaf 3.2.2 komt het aspect van openbare orde ter sprake.

3.2.1. Doel en strekking

De Richtlijn oneerlijke bedingen dateert van 1993.²⁰⁷ Het is een vroeg fundament van consumentenbescherming.²⁰⁸ Net als andere richtlijnen, heeft deze Richtlijn geen horizontale directe werking.²⁰⁹ De Richtlijn is evenmin rechtstreeks van toepassing op de Nederlandse rechtsorde. Ter uitvoering van de Richtlijn is deze omgezet in Afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek ('BW').²¹⁰ Het verdient opmerking dat de Richtlijn uitgaat van minimumharmonisatie.²¹¹ De nationale wetgever mag dus aanvullende eisen stellen aan het niveau van consumentenbescherming.²¹²

Bij een consumentenovereenkomst zijn twee partijen betrokken: de consument en de verkoper. In artikel 2 Richtlijn wordt 'consument' gedefinieerd als iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.²¹³ Dezelfde Richtlijnbepaling beschrijft 'verkoper' als iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.²¹⁴

²⁰⁶ Helemaal sluitend is deze vergelijking niet. Vgl. concl. plv. P-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, r.o. 5.7-5.8.2, *JBPr* 2024/21, m.nt. B.F.L.M. Schim.

²⁰⁷ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEU* 1993, L 095).

²⁰⁸ In 2019 is de Richtlijn geactualiseerd bij Wijzigingsrichtlijn (EU) 2019/2161. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (*PbEU* 2019, L 328/7).

²⁰⁹ Consumenten kunnen de Richtlijnbepalingen niet tegen elkaar inroepen.

²¹⁰ Uitbreider in Van Boom 2014, p. 360 e.v.; Wissink 2017, p. 11 e.v.

²¹¹ Bij de Richtlijn productaansprakelijkheid (85/374/EEG) en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) is bijvoorbeeld sprake van maximumharmonisatie.

²¹² Twaalfde overweging in de considerans van de Richtlijn.

²¹³ Uitbreider in Hartkamp 2017, p. 222-223.

²¹⁴ Het gaat dus niet alleen om verkopers die partij zijn bij een koopovereenkomst. Vgl. Wissink 2017, p. 11.

De Richtlijn probeert consumenten te beschermen tegen oneerlijke algemene voorwaarden.²¹⁵ Algemene voorwaarden zijn bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.²¹⁶ Volgens vaste Unierechtspraak berust de Richtlijn “op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen”.²¹⁷ De Richtlijnbevestigingen strekken ertoe om een contractueel evenwicht te waarborgen tussen de consument en de verkoper.

De Richtlijn bevat een enuntiatieve bijlage van zeventien algemene voorwaarden die kunnen worden aangemerkt als oneerlijk.²¹⁸ Deze bedingen staan op de zogeheten blauwe lijst,²¹⁹ die doet denken aan de grijze en zwarte lijst van Afdeling 6.5.3 BW.²²⁰ Er bestaat niet zoiets als ‘het’ oneerlijke beding; er zijn meer oneerlijke bedingen denkbaar en de blauwe lijst somt daar een aantal van op.²²¹ Voorbeelden zijn het boetebeding uit *Ebecek/Trudo* en het bodemrentebeding uit *Unicaja Banco*. Het laatste beding komt ter sprake in paragraaf 3.3.

3.2.2. Openbare orde

Artikel 3 lid 1 Richtlijn is het hart van de Richtlijn.²²² Volgens deze Richtlijnbevestiging wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Het valt niet in algemene zin te zeggen wanneer een dergelijke evenwichtsverstoring ten nadele van de consument zich voordoet.²²³

Volgens artikel 6 lid 1 Richtlijn bepalen lidstaten dat oneerlijke bedingen in een consumentenovereenkomst de consument niet binden. Deze Richtlijnbevestiging wordt beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan nationale regels die in de nationale rechtsorde gelden als regels van openbare orde.²²⁴ Artikel 6 lid 1 Richtlijn is dus van superdwingend recht.

²¹⁵ De Richtlijn biedt geen bescherming tegen oneerlijke wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. HvJ EU 30 april 2014, C-280/13, ECLI:NL:C:2014:279, r.o. 45 (*Barclays Bank SA*).

²¹⁶ Uitbreider in Wissink 2017, p. 7-9; Wolters 2017, p. 116

²¹⁷ HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, r.o. 46, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi*).

²¹⁸ Artikel 3, derde lid, Richtlijn.

²¹⁹ *Ambtshalve toetsing III* 2018, p. 104-106 (Bijlage VI).

²²⁰ Artikelen 6:237 resp. 6:236 BW. Uitvoerder in Jongeneel 1991, p. 225-291.

²²¹ Artikel 2, onderdeel a, Richtlijn.

²²² Wissink 2017, p. 11.

²²³ Recent in HR 23 mei 2025, ECLI:NL:HR:2025:820, r.o. 3.1.2. Vgl. Ancery & Seinen 2015; Wissink 2017, p. 16-17.

²²⁴ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 35, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*).

Als er sprake is van een oneerlijk beding, zijn er globaal twee mogelijkheden. Ten eerste kan de overeenkomst een beding bevatten dat oneerlijk is, zonder dat de consument en verkoper daar op enigerlei wijze actie tegen ondernemen. Het beding blijft dan voortbestaan, ofschoon het volgens artikel 3 lid 1 Richtlijn oneerlijk zou zijn.²²⁵ Ten tweede kan de consument in rechte afdwingen dat het beding in de overeenkomst wordt aangemerkt als oneerlijk.²²⁶ Constataert de rechter dat het beding inderdaad oneerlijk is, dan vernietigt hij hem.²²⁷ Daardoor bindt het beding de consument niet.²²⁸

3.3. Ambtshalve toetsing in hoger beroep

3.3.1. *Unicaja Banco*

In deze laatste paragraaf uit het tweede drieluik staat de prejudiciële beslissing *Unicaja Banco* centraal. In de volgende vier deelparagrafen komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan bod: de plaats van deze uitspraak in de Unierechtspraak, de casus bij de Spaanse rechtbank, het gerechtshof en in cassatie, de conclusie van A-G Tanchev en de rechtsregel van het HvJ EU. Deelparagraaf 3.3.2 vergelijkt *Unicaja Banco* met de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo*.

3.3.1.1. Plaatsbepaling

Eerst schets ik de voor dit onderzoek meest relevante ontwikkelingen in de Unierechtspraak tot en met *Unicaja Banco*.²²⁹

Zoals in het inleidende hoofdstuk is opgemerkt, heeft het HvJ EU in 2000 de verplichting tot ambtshalve toetsing aan de Richtlijn geïntroduceerd. Hij heeft toen beslist dat de nationale rechter oneerlijke bedingen ambtshalve kán toetsen aan de Richtlijn.²³⁰ In 2006 heeft het HvJ EU van deze bevoegdheid een plicht gemaakt.²³¹ De rechterlijke toetsingsplicht rust zowel op de rechter in eerste aanleg als op de

²²⁵ Dit past in de systematiek van Afdeling 6.5.3 BW. Vgl. Boom 2014, p. 361.

²²⁶ Ook als de verkoper een eis of vordering instelt kan de geldigheid van het beding binnen de grenzen van de rechtsstrijd vallen.

²²⁷ Uitvoeriger in Van Leuken 2017, par. 8.3.1.1. (noot 8). Een oneerlijk beding moet volgens Van Duin 2019, p. 140 eerst justitiabel of 'bereikbaar' zijn, alvorens de rechter ambtshalve toekomt aan een beoordeling.

²²⁸ Vgl. voor het onderscheid tussen het temporeel buiten toepassing laten en vernietigen HvJ EU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, r.o. 57.

²²⁹ Vgl. Wissink 2017, p. 20-21 en de aldaar aangehaalde Unierechtspraak.

²³⁰ HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, r.o. 31 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*).

²³¹ Uitgebreider in Ancery 2012/188 e.v.; Wissink 2017, p. 19-21.

appelrechter.²³² In 2009 heeft het HvJ EU voor het eerst beslist dat de bescherming van consumenten moet worden beschouwd “als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden”.²³³ Tegelijkertijd hoeft de appelrechter oneerlijke bedingen niet ambtshalve te toetsen als er sprake is van “totale passiviteit van de betrokken consument”.²³⁴ De enkele omstandigheid dat een consument verstek laat gaan, is daarvoor onvoldoende.²³⁵ Waar die grens dan wel ligt, is onduidelijk.²³⁶

In deelparagraaf 3.1.1 is uitgelegd dat lidstaten in beginsel bevoegd zijn om hun eigen procesrecht vorm te geven ter verwezenlijking van het Unierecht. In *Ebecek/Trudo* heeft de Hoge Raad bevestigd dat de appelrechter oneerlijke bedingen ambtshalve aan de Richtlijn moet toetsen buiten het door de grieven ontsloten gebied maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd. In *Unicaja Banco* is de consument niet in appel gegaan. Volgens het HvJ EU was dit niet te wijten aan diens totale passiviteit. De Spaanse appelrechter was dus gehouden het bodemrentebeding ambtshalve te toetsen aan de Richtlijn.²³⁷ Daaruit blijkt dat de rechterlijke toetsingsplicht ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd kan worden geactiveerd.

3.3.1.2. Casus

De zaak speelt tussen ene L en Unicaja Banco SA (‘bankinstelling’). L is consument, de bankinstelling verkoper. De prejudiciële beslissing gaat over de uitleg van artikel 6 lid 1 Richtlijn. Zoals in de deelparagraaf 3.2.2 is uitgelegd, schrijft deze Richtlijn bepaling voor dat oneerlijke bedingen in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper de consument niet binden.

De bankinstelling heeft L een hypothecaire lening verstrekt voor de aankoop van een eengezinswoning. De overeenkomst bevat een zogenaamd ‘bodemrentebeding’. Op grond van dit beding kan de jaarlijkse variabele rente niet lager zijn dan 3%.²³⁸

L stelt dat de bankinstelling hem niet naar behoren heeft geïnformeerd over het bodemrentebeding. De rechter wijst de vordering toe wegens een gebrek aan transparantie van de verkoper. Het bodemrentebeding wordt vernietigd. Daarnaast wordt de bankinstelling veroordeeld in de volledige proceskosten en tot *gedeeltelijke* terugbetaling van ten onrechte ontvangen rente. De laatste veroordeling is gebaseerd op een uitspraak van de hoogste Spaanse civiele rechter. De Tribunal

²³² HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, r.o. 40 (*Mostaza Claro*).

²³³ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 52, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*). Vgl. Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 103.

²³⁴ HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, r.o. 47, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*).

²³⁵ Vgl. HvJ EU 4 juni 2020, C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431, r.o. 52 (*Kancelaria Medius*).

²³⁶ Concl. plv. P-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, r.o. 5.21.2, JBPr 2024/21, m.nt. B.F.L.M. Schim.

²³⁷ HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, r.o. 40 e.v., RvdW 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

²³⁸ HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, r.o. 9-18, RvdW 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

Supremo heeft geoordeeld dat een terugbetalingsverplichting bij een bodemrentebeding beperkt in tijd is.

In hoger beroep stelt de bankinstelling dat de vordering van L in eerste aanleg gedeeltelijk is toegewezen en dat zij daarom ten onrechte is veroordeeld in de volledige proceskosten. De appelrechter wijst de vordering van de bankinstelling toe. Hij vernietigt de beslissing in het vonnis tot het deel van de proceskosten waarin de bankinstelling niet veroordeeld had mogen worden.

Daarop gaat L in cassatie bij de Tribunal Supremo. L voert aan dat de appelrechter de prejudiciële beslissing *Gutiérrez Naranjo* van het HvJ EU ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. Net als L had Gutiérrez Naranjo als consument een lening afgesloten bij een bankinstelling. In de algemene voorwaarden was een bodemrentebeding opgenomen. Het HvJ EU was van oordeel dat de rechter die de oneerlijkheid van een bodemrentebeding vaststelt, ambtshalve moet overgaan tot nietigverklaring van dat beding. Dit leidt in beginsel tot een terugbetalingsverplichting die overeenkomt met de bedragen die onverschuldigd zijn betaald.²³⁹

In *Unicaja Banco* had de appelrechter de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting in stand gelaten. Volgens L is dit in strijd met artikel 6 lid 1 Richtlijn, dat bepaalt dat een oneerlijk beding de consument niet bindt. In cassatie verweert de bankinstelling zich daartegen. Zij stelt dat L niet is opgekomen tegen de beslissing in het vonnis betreffende de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting. Doordat L dit heeft nagelaten, kan hij de uitspraak *Gutiérrez Naranjo* volgens de bankinstelling niet inroepen.

De Tribunal Supremo staat voor de vraag of de bankinstelling hierin gelijk heeft. Hij stelt de volgende prejudiciële vraag aan het HvJ EU: “Staat [artikel 6 lid 1 Richtlijn] in de weg aan de toepassing van de procedurele beginselen van lijdelijkheid, van samenhang en van het verbod van reformatio in peius, op grond waarvan de rechter die kennisneemt van het door de [bankinstelling] ingestelde hoger beroep tegen een vonnis dat de terugbetaling in de tijd beperkt van bedragen die door de consument onverschuldigd zijn voldaan op grond van een nietig verklaard ‘bodemrentebeding’, geen volledige terugbetaling van voornoemde bedragen kan gelasten en daardoor de verzoekende partij in een nadeliger situatie plaatst, omdat zij die beperking niet heeft aangevochten?”

3.3.1.3. A-G Tanchev

De A-G constateert dat de Tribunal Supremo in wezen wenst te vernemen of artikel 6 lid 1 Richtlijn in de weg staat aan de toepassing van de drie genoemde Spaanse beginselen.²⁴⁰ Hierna ga ik eerst in abstracto in op de Unierechtspraak over de

²³⁹ HvJ EU 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, r.o. 62 en 75 (*Gutiérrez Naranjo*).

²⁴⁰ Concl. A-G E. Tanchev 15 juli 2021, C-869/19, ECLI:EU:C:2021:617, r.o. 32 e.v. (*Unicaja Banco*).

ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen en vervolgens op de toepassing van die rechtspraak op *Unicaja Banco*.

3.3.1.3.1. In abstracto

A-G Tachev onderscheidt twee aspecten van de rechterlijke toetsingsplicht: zijn bestaan en zijn omvang.²⁴¹

Zoals in deelparagraaf 3.2.1 is uitgelegd, berust de bescherming van de Richtlijn op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt. Een consument beschikt doorgaans over minder informatie over het goed of de dienst dan de verkoper en stemt veelal in met de algemene voorwaarden zonder daar invloed op uit te (kunnen) oefenen.²⁴² Die ongelijkheid kan volgens vaste Unierechtspraak enkel worden opgeheven door een “positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om”.²⁴³ Deze beschermingsgedachte is een belang van openbare orde.

De A-G constateert dat het Unierecht niet bepaalt wat de omvang van de rechterlijke toetsingsplicht is. Er is sprake van een leemte. Dit betekent dat de bescherming van consumenten in beginsel een zaak is van de nationale rechtsorde. Volgens Tachev verplicht de Richtlijn de lidstaten niet om een ‘bepaald procesrechtelijk systeem’ te hanteren waarmee oneerlijke bedingen amtsshalve worden getoetst. De toetsende rechter mag rekening houden met nationale procedureregels. Daarbij moet hij evenwel het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel in acht nemen. Volgens de A-G past het HvJ EU op deze manier een evenwichtige benadering toe op de procedurele autonomie enerzijds en de beschermingsgedachte van de Richtlijn anderzijds.

3.3.1.3.2. In concreto

De uitspraak *Gutiérrez Naranjo* is de spil in *Unicaja Banco*. In *Gutiérrez Naranjo* heeft het HvJ EU geoordeeld dat artikel 6 lid 1 Richtlijn zich verzet tegen een nationale procedureregeling die de gevolgen van nietigverklaring van een oneerlijk beding in tijd beperkt. De rechter moet een oneerlijk beding integraal vernietigen, zodat het wordt geacht nooit te hebben bestaan.

In dit licht rijst de vraag wat de Tribunal Supremo moet doen met het middel van L. Bij het antwoord op deze vraag is volgens de A-G allereerst het nationale recht van belang. Het is vaste Spaanse rechtspraak dat amtsshalve toepassing van recht van openbare orde de toepassing van andere Spaanse beginselen uitsluit. Tachev stelt daarom vast dat de Tribunal Supremo moet beoordelen of deze rechtspraak van toepassing is op *Unicaja Banco*. Als dat het geval is, wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel volgens de A-G geschonden. Uit het gelijkwaardigheidsbeginsel volgt immers

²⁴¹ Concl. A-G E. Tachev 15 juli 2021, C-869/19, ECLI:EU:C:2021:617, r.o. 42 e.v. (*Unicaja Banco*).

²⁴² Vgl. HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, r.o. 25 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*); HvJ EU 26 maart 2019, C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, r.o. 49 (*Abanca Corporación Bancaria en Bankia*).

²⁴³ HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, r.o. 48, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi*).

dat als een regel in de nationale rechtsorde als recht van openbare orde geldt en de nationale rechter deze ambtshalve moet toepassen, hij dat ook moet doen bij bepalingen die gelijkwaardig zijn aan recht van openbare orde, zoals artikel 6 lid 1 Richtlijn. Volgens Tanchev belemmeren de Spaanse beginselen van lijdelijkheid, van samenhang en het verbod van reformatio in peius de werking van deze Richtlijn bepaling.

Daarnaast mogen deze beginselen de verwezenlijking van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Of dat het geval is, vereist onderzoek. Daarbij is van belang welke plaats die beginselen in de procedure innemen, hoe de procedure verloopt en de eventuele bijzondere kenmerken van de procedure. Er zijn volgens de A-G sterke aanwijzingen dat artikel 6 lid 1 Richtlijn zich ook op deze grond verzet tegen de toepassing van de Spaanse beginselen.

Dat brengt A-G Tanchev bij de vraag of het aan de totale passiviteit van L is te wijten dat L niet is opgekomen tegen de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting. Als dit het geval is, gebiedt het Unierecht de appelrechter niet om een nationale procedureregels buiten toepassing te laten, zelfs niet als daardoor een schending van de Richtlijn kan worden opgeheven. Als L daarentegen niet totaal passief is gebleven, staat het doeltreffendheidsbeginsel in de weg aan de toepassing van de Spaanse procedureregels.

A-G Tanchev betoogt dat het laatste geval zich voordoet. De appelrechter heeft op 13 januari 2017 arrest gewezen. De appeltermijn was al verstreken vóór 21 december 2016, toen het HvJ EU uitspraak deed in *Gutiérrez Naranjo*. Volgens de A-G was L niet in staat op grond van deze uitspraak te appelleren tegen de beslissing betreffende de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting. Dat kon L pas voor het eerst in cassatie, toen duidelijk was geworden dat de rechtspraak van de Tribunal Supremo in strijd is met artikel 6 lid 1 Richtlijn.

De A-G constateert dat de Spaanse rechtspraak aan L het rechtsmiddel heeft ontnomen om zijn consumentenrechten te doen gelden. Tanchev concludeert dan ook dat artikel 6 lid 1 Richtlijn in de weg staat aan de toepassing van de Spaanse beginselen van lijdelijkheid, van samenhang en het verbod van reformatio in peius.²⁴⁴ A-G Tanchev beantwoordt de prejudiciële vraag bevestigend.

3.3.1.4. HvJ EU

Het HvJ EU neemt de conclusie van A-G Tanchev goeddeels over. In deze laatste deelparagraaf stip ik twee aspecten van zijn uitspraak aan: het doeltreffendheidsbeginsel en de totale passiviteit van de consument.

²⁴⁴ Concl. A-G E. Tanchev 15 juli 2021, C-869/19, ECLI:EU:C:2021:617, r.o. 63 e.v. (*Unicaja Banco*).

3.3.1.4.1. Doeltreffendheidsbeginsel

Het HvJ EU heeft de reikwijdte van het doeltreffendheidsbeginsel in 2009 beperkt. Een nationale procedureregeling die de verwezenlijking van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, is in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, tenzij de consument gelet op de omstandigheden van het geval totaal passief is geweest. Anders dan A-G Tachev gaat het HvJ EU in op artikel 7 Richtlijn. Volgens deze Richtlijnbevestiging zien lidstaten erop toe dat er in het belang van consumenten en handelaren doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Dit impliceert dat lidstaten een effectieve rechtelijke bescherming aan consumenten moeten bieden.²⁴⁵

In dit kader beantwoordt het HvJ EU de prejudiciële vraag. Volgens het HvJ EU biedt een gedeeltelijke terugbetalingsverplichting consumenten als L een beperkte bescherming. De gevolgen van nietigverklaring van een bodemrentebeding zijn immers beperkt in tijd. Deze bescherming is volgens het HvJ EU onvolledig en ontoereikend en vormt geen geschikt en doeltreffend middel om een einde te maken aan oneerlijke bedingen. De gedeeltelijke terugbetalingsverplichting is dus in strijd met artikel 7 Richtlijn.

3.3.1.4.2. Totale passiviteit van de consument

De rol van artikel 6 en 7 Richtlijn wordt mede bepaald door het de houding van L. Had L in appel moeten gaan om door de appelrechter te worden beschermd tegen het bodemrentebeding? Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. Net als de A-G constateert het HvJ EU dat het arrest *Gutiérrez Naranjo* werd gewezen toen de appeltermijn al was verstreken. Om deze reden kan niet worden geoordeeld dat L zich volledig passief heeft gedragen en dat de appelrechter het bodemrentebeding niet ambtshalve aan de Richtlijn had hoeven toetsen.

Het HvJ EU geeft als volgt antwoord op de prejudiciële vraag: “[Artikel 6 lid 1 Richtlijn moet aldus] worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van beginselen van nationaal procesrecht volgens welke de nationale rechter bij wie hoger beroep is ingesteld tegen een vonnis dat de terugbetaling in de tijd beperkt van bedragen die door de consument onverschuldigd zijn voldaan op grond van een oneerlijk verklaard beding, niet ambtshalve een middel inzake schending van die bepaling kan onderzoeken en niet de volledige terugbetaling van die bedragen kan gelasten, wanneer de omstandigheid dat de betrokken consument die beperking in de tijd niet heeft aangevochten niet kan worden toegeschreven aan diens totale passiviteit.”²⁴⁶

²⁴⁵ Het – eigenlijke – beginsel van een effectieve rechterlijke bescherming is neergelegd in artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

²⁴⁶ Concl. A-G E. Tachev 15 juli 2021, C-869/19, ECLI:EU:C:2021:617, r.o. 40 (*Unicaja Banco*).

3.3.2. Reflectie

In deze slotdeelparagraaf ga ik in op zowel de zienswijze van het HvJ EU, als die van de Hoge Raad. Deelparagraaf 3.3.2.1 gaat over mogelijke grondslagen van de rechterlijke toetsingsplicht en deelparagraaf 3.3.2.2 over instructiemaatregelen.

3.3.2.1. Rechterlijke toetsingsplicht

De Unierechtspraak heeft in elk geval drie gevolgen voor de nationale rechtsorde.²⁴⁷ Ten eerste wordt de appelrechter geacht een oogje in het zeil te houden bij de consument. Waarom hij dat moet doen, is uitgelegd in deelparagraaf 3.2.1. Ten tweede, en in het verlengde daarvan, dient de appelrechter eigener beweging instructiemaatregelen te treffen. In paragraaf 2.3 is toegelicht wanneer hij daartoe is gehouden. Onder welke omstandigheden hij dat volgens het HvJ EU moet doen, komt verderop ter sprake. Ten derde dient de appelrechter nationale procedureregels die in de weg staan aan de beschermingsgedachte van de Richtlijn te negeren. Dat is waar het doeltreffendheidsbeginsel lidstaten toe noopt.

Bij een vergelijking tussen *Unicaja Banco* en *Ebecek/Trudo* rijst de vraag in welke regel of in welk beginsel de rechterlijke toetsingsplicht kan worden verankerd.²⁴⁸ Ancery vraagt zich af of artikel 25 Rv daarvoor in aanmerking komt. Hij schrijft: “De nationale rechters passen [...] geen richtlijnen toe, maar alleen omzettingswetgeving naar aanleiding van een richtlijn. Hoe een lidstaat een richtlijn omzet, doet in het algemeen niet ter zake. Slechts relevant is dat aan de doelstelling van de richtlijn wordt voldaan.” In de vorige deelparagrafen is herhaaldelijk opgemerkt dat Richtlijnbepalingen volgens het HvJ EU gelijkwaardig zijn aan nationale regels van openbare orde. Dat zegt volgens Ancery “nog niets over het karakter van de nationale omzettingswetgeving. [Die] bepalingen zijn slechts van openbare orde als ze binnen de nationale rechtsorde als zodanig hebben te gelden.”²⁴⁹

Zoals in deelparagraaf 3.2.1 is uitgewerkt, zijn de Richtlijnbepalingen omgezet in Afdeling 6.5.3 BW. Of deze regels van openbare orde zijn, is afhankelijk van de vraag hoe rechtsoverweging 3.4.2 uit *Ebecek/Trudo* wordt geïnterpreteerd. Daarin overweegt de Hoge Raad dat de regels uit de Richtlijn als recht van openbare orde aan te merken zijn.²⁵⁰ Een ruime interpretatie van ‘aanmerken’ leidt tot de constatering dat de regels uit Afdeling 6.5.3 BW inderdaad van openbare orde zijn. Wat in deze richting wijst, is dat de Hoge Raad in *Heesakkers/Voets* de term ‘gelijkwaardig’ gebruikt. Dat lijkt op iets anders te doelen als ‘aanmerken’. Een andere aanwijzing is

²⁴⁷ Van Schaick 2023, p. 71.

²⁴⁸ Over die vraag o.a. concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.18 en 3.20.1, *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp; Ancery & Seinen 2015, p. 78-79; Hartkamp 2015, p. 819-820; en Van Leuken 2017, par. 8.3.1.2.

²⁴⁹ Ancery 2012/289.

²⁵⁰ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *NJ* 2017/214, r.o. 3.4.2, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*).

dat de Hoge Raad in *Ebecek/Trudo*, anders dan A-G Wissink, niet ingaat op de wil van de consument. Zoals in deelparagraaf 2.3.2 is uitgelegd, staat recht van openbare orde niet ter vrije beschikking van partijen. Een laatste aanwijzing is dat de Richtlijn minimumharmonisatie nastreeft. Lidstaten mogen strengere eisen stellen dan waar-toe het Unierecht die verplicht. Volgens deze interpretatie dient artikel 25 Rv als grondslag van de rechterlijke toetsingsplicht.

Een engere interpretatie leidt tot de slotsom dat de regels uit Afdeling 6.5.3 BW slechts gelijkwaardig zijn aan recht van openbare orde. Daar gaat de literatuur van uit.²⁵¹ Ook mij lijkt het niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad de wil van de consu-ment in *Ebecek/Trudo* terzijde heeft geschoven.²⁵² In het *Arvato*-arrest uit 2021 be-nadrukt de Hoge Raad bijvoorbeeld dat de consument zich moet kunnen verzetten tegen ambtshalve toepassing van de Richtlijn consumentenrechten.²⁵³ Het gaat hier-bij weliswaar om een andere richtlijn, maar het doel en de strekking van de Richtlijn consumentenrechten is vergelijkbaar met het doel en de strekking van de Richtlijn. De rechterlijke toetsingsplicht kan dan ook niet worden verankerd in artikel 25 Rv.

Deze constatering leidt tot een bespreking van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Het is evident dat de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* over-eenstemt met het gelijkwaardigheidsbeginsel.²⁵⁴ In *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad bepaald dat de Richtlijnbepalingen op één lijn moeten worden gesteld met re-gels die gelden als recht van openbare orde. In *Ebecek/Trudo* heeft de Hoge Raad deze rechtsregel bevestigd en geprobeerd te verduidelijken.²⁵⁵

Of het doeltreffendheidsbeginsel de grondslag kan zijn van de rechterlijke toetsingsplicht, is minder makkelijk te zeggen. Uit de voorgaande deelparagrafen blijkt dat dit een rekbaar beginsel is. De vraag of het doeltreffendheidsbeginsel wordt geschonden, is afhankelijk van de plaats die de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* in de procedure inneemt, hoe de procedure verloopt en de eventuele bijzondere kenmer-ken van die procedure. Het kan daarom niet in het algemeen worden gezegd dat de rechtsregel voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel.

Zoals in deelparagraaf 3.3.1.4.1 is uitgelegd, verplicht artikel 7 lid 1 Richtlijn lidstaten tot een effectieve rechtelijke bescherming. Deze benadering laat volgens A-G Wissink ruimte voor de opvatting dat de consument al effectief wordt beschermd als één rechter ambtshalve aan de Richtlijn toetst. Wissink haalt twee argumenten vóór deze opvatting aan: “(a) wanneer een beding al expliciet door een rechter langs de lat van de Richtlijn is gelegd, speelt in hoger beroep niet langer de overweging dat de consument zijn rechten uit hoofde van het Unierecht mogelijk niet kent en (b) nu procesvertegenwoordiging in hoger beroep verplicht is, zou de consument moeten zijn voorgelicht over zijn rechten en minder moeilijkheden moeten ondervinden bij

²⁵¹ Zie de discussie in deelparagraaf 2.3.2.

²⁵² Vgl. Stein 2016, par. 15.

²⁵³ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 3.1.18, NJ 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato*).

²⁵⁴ Vgl. Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 88.

²⁵⁵ Volgens Van Leuken 2017, par. 8.3.1.2 (noot 5) past de appelrechter de Richtlijn toe op basis van het ge-lijkwaardigheidsbeginsel.

het uitoefenen ervan.”²⁵⁶ Wie deze argumenten deelt, zal de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* ruimhartig vinden.

In deelparagraaf 3.3.1.4 is uitgelegd dat het HvJ EU de grens van consumentenbescherming pas trekt bij de totale passiviteit van de consument. Ook wordt de rechter die aan de Richtlijn toetst geacht een oneerlijk beding integraal te vernietigen. Het ligt om deze redenen voor de hand dat het doeltreffendheidsbeginsel met zich brengt dat zowel de eerstelijnsrechter als de appelrechter oneerlijke bedingen ambtshalve moeten toetsen. In die zin is de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* niet zozeer ruimhartig maar veeleer in lijn met het doeltreffendheidsbeginsel.

P-G Wissink bespreekt twee bijzondere aspecten van *Unicaja Banco*. Het eerste aspect heeft betrekking op de tamelijk unieke context van deze uitspraak.²⁵⁷ Slechts drie weken nadat het HvJ EU de prejudiciële beslissing *Gutiérrez Naranjo* nam, wees de Spaanse appelrechter arrest. Ook als L in appel zou zijn gegaan, had hij niet op grond van *Gutiérrez Naranjo* kunnen appelleren tegen de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting. Die omstandigheid maakt dat *Unicaja Banco* niet (zonder meer) kan worden getransponeerd naar een andere context. Dit sluit aan bij het feit dat oordelen van het HvJ EU over het doeltreffendheidsbeginsel casuïstisch van aard zijn.

Het tweede aspect heeft betrekking op een meer algemeen toepasbare les.²⁵⁸ De afbakening van de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep kan volgens Wissink niet worden gehanteerd in een geval als *Unicaja Banco*. De rechtsregel uit *Ebecek/Trudo* zou in dat geval moeten wijken.

Beide aspecten houden verband met de algemene formulering van deze rechtsregel. De Hoge Raad geeft een ruime omschrijving van de grenzen van de rechtsstrijd. Nu de appelrechter buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden, komt deze vrijwel altijd tegemoet aan de beschermingsgedachte van de Richtlijn. Een andere benadering is waarschijnlijk niet in lijn met het doeltreffendheidsbeginsel. Als de appelrechter bijvoorbeeld niet bevoegd zou zijn buiten het door de grieven ontsloten gebied te treden, wordt te veel afbreuk gedaan aan het doel en de strekking van de Richtlijn.²⁵⁹

²⁵⁶ Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, par. 3.20.4, *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp.

²⁵⁷ Concl. plv. P-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, r.o. 5.22, *JBPr* 2024/21, m.nt. B.F.L.M. Schim.

²⁵⁸ Concl. plv. P-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, r.o. 5.23, *JBPr* 2024/21, m.nt. B.F.L.M. Schim.

²⁵⁹ Nieuwenhuijs & Möhring 2016, p. 89.

3.3.2.2. Instructiemaatregelen

Aan het slot van dit drieluik ga ik kort in op de instructiemaatregelen. Er bestaat spanning tussen de reikwijdte van de onderzoeksplicht volgens de Nederlandse rechtspraak en de reikwijdte daarvan volgens de Unierechtspraak.

In paragraaf 2.3 is uitgelegd dat de appelrechter instructiemaatregelen moet nemen indien hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de Richtlijn valt en een beding bevat dat mogelijk oneerlijk is. Dat doet zich voor als niet alle relevante feiten vaststaan. De appelrechter moet dan zowel onderzoek verrichten naar de toepasselijkheid van de Richtlijn als naar de mogelijke oneerlijkheid van een beding.

Tot dusverre is niet besproken welke eisen het HvJ EU stelt aan het nemen van instructiemaatregelen. Het HvJ EU onderscheidt twee fasen: de instapfase en de onderzoeksfase.²⁶⁰ In de instapfase moet de rechter vaststellen of de zaak binnen de reikwijdte van de Richtlijn valt. In deze fase is de rechter verplicht om instructiemaatregelen te treffen. Valt de zaak binnen de reikwijdte van de Richtlijn, dan breekt de onderzoeksfase aan. In deze fase onderzoekt de rechter of het beding oneerlijk is. Dit doet hij op basis van de beschikbare gegevens van het dossier. In dit kader is de rechter niet verplicht aanvullende instructiemaatregelen te treffen.

De vraag rijst of de Hoge Raad zwaardere eisen stelt aan de rechterlijke toetsingsplicht dan het HvJ EU. Van Rossum en Van der Minne en Pavillon zijn van mening dat dit het geval is.²⁶¹ In *Unicaja Banco* overweegt het HvJ EU namelijk als volgt: “Indien [...] de gegevens van het dossier waarover de rechter beschikt, leiden tot onzekerheid omtrent de vraag of een contractueel beding oneerlijk is, is deze rechter dus verplicht de rechtmatigheid van dit beding ambtshalve te toetsen aan de in [de Richtlijn] vastgestelde criteria.”²⁶² De rechter moet de geldigheid van een beding ambtshalve toetsen, óók als niet alle relevante feiten vaststaan. Het HvJ EU verlangt dus niet van de appelrechter dat deze in dit kader eerst instructiemaatregelen neemt en alle relevante gegevens vergaart.

Volgens de Hoge Raad moet de appelrechter daarentegen zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van de Richtlijn als ten aanzien van de mogelijke oneerlijkheid van een beding instructiemaatregelen treffen. Dat lijkt inderdaad méér te zijn dan dat wat het HvJ EU van Nederland verlangt.²⁶³ Krans plaatst hier een terechte kanttekening bij. De appelrechter komt slechts toe aan instructiemaatregelen als de vordering waarop die instructies zien binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt.²⁶⁴

²⁶⁰ Vgl. Pavillon 2015, p. 129-130.

²⁶¹ Van Rossum & Van der Minne 2017, p. 102; Pavillon 2015, p. 130.

²⁶² HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, r.o. 25, *RvdW 2022/1092 (Unicaja Banco)*.

²⁶³ Ancery 2013/12.

²⁶⁴ Krans 2017, par. 7.

4. Praktijk

4.1. Bestaand onderzoek

Er is weinig empirisch onderzoek voorhanden over ambtshalve toetsing aan de Richtlijn door de (appel)rechter. Hierna bespreek ik enkele onderzoeken die raken aan de rechterlijke toetsingsplicht.

4.1.1. Het LOVCK(&T)

In het voorjaar van 2010 verscheen het rapport *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* onder regie van het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton ('LOVCK').²⁶⁵ Al jarenlang hadden rechters te maken met een verplichting waarvan niet duidelijk was hoever deze ging.²⁶⁶ In dit kader reikt het rapport de rechtbanken zes aanbevelingen aan.²⁶⁷ Vervolgens heeft het LOVCK in het najaar van 2010 een flitsenquête uitgezet bij de rechtbanken. Daaruit blijkt dat de aanbevelingen breed worden gevolgd en dat er geen acute noodzaak bestaat om deze op korte termijn te herzien.²⁶⁸

In 2012 heeft het LOVCK een flitsenquête uitgezet bij de gerechtshoven. Uit die resultaten volgt dat de aanbevelingen ook worden gevolgd door gerechtshoven. In 2013 heeft LOVCK de resultaten van beide flitsenquêtes met elkaar vergeleken. Het blijkt dat het aantal consumentenzaken bij gerechtshoven relatief beperkt is ten opzichte van die bij rechtbanken.

In ditzelfde jaar wees de Hoge Raad het arrest *Heesakkers/Voets*, waarin hij heeft bepaald dat de Richtlijnbevestigingen op één lijn moeten worden gesteld met nationale regels van openbare orde. Mede naar aanleiding van deze ontwikkeling, bracht het LOVCK in 2014 een herzien rapport uit: *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*.²⁶⁹ Dit bestaat uit acht aanbevelingen voor rechtbanken. Net als in het rapport uit 2010, besteedt het LOVCK in dit rapport geen aandacht aan de rechterlijke toetsingsplicht in hoger beroep.²⁷⁰

In 2018 verscheen van de hand van het LOVCK & Toezicht ('LOVCK&T') een derde rapport over ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht: *Ambtshalve toetsing III*.²⁷¹ De vorm van dit rapport wijkt weliswaar af van die uit 2010 en

²⁶⁵ *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2010. Een bespreking in Wissink 2017, p. 23-24.

²⁶⁶ Van Boom 2014, p. 362.

²⁶⁷ *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2010, p. 22.

²⁶⁸ *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2014, p. 3.

²⁶⁹ *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2014.

²⁷⁰ M.u.v. *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* 2014, p. 29-30.

²⁷¹ *Ambtshalve toetsing III* 2018.

2014, maar de inhoud van deze rapporten vormt nog steeds de basis. Het rapport uit 2018 wijdt één hoofdstuk aan de rechtspraak. Eerst doet het LOVCK&T een voorstel voor een efficiënte aanpak in verstekzaken, vervolgens schenkt het uitgebreid aandacht aan de toetsing van veelvoorkomende consumentenbedingen, zoals het boetebeding, en ten slotte maakt het inzichtelijk op welke bedingen de consument zou moeten letten. Het LOVCK&T heeft geen empirisch onderzoek gedaan naar de werkwijze van de appelrechter. Deze maas hoop ik in mijn onderzoek deels te dichten.

4.1.2. Ander onderzoek

In 2011 heeft Van Harten de autonomie van de nationale rechter onderzocht. Hij heeft de rechtspraak verkend aan de hand van Nederlandse rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer.²⁷² Van Harten besteedt aandacht aan rechtspersonen en natuurlijke personen. Hij stelt vast dat de rechter over het algemeen procesmatig autonoom opereert in zaken betreffende de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. Van Harten constateert verder dat de rechter inhoudelijk een meer autonome rol heeft. “Als ‘verantwoordelijke’ voor de feiten en de beoordeling van het bewijs”, schrijft hij, “is een zichtbare eigen rol weggelegd voor de nationale rechter.”²⁷³ In zijn onderzoek laat Van Harten consumentengeschillen buiten beschouwing.

In 2011 heeft een viertal schrijvers een internationaal rechtsvergelijkend empirisch onderzoek gedaan naar de vraag hoe de rechter het Unierecht toepast. Zij hebben interviews afgenomen met elf Duitse en zeventien Nederlandse rechters, onder wie vier appelrechters. Daaruit blijkt onder meer dat de meeste Duitse en Nederlandse rechters de Europese integratie steunen. Verder heeft het merendeel van het Unierecht een beperkte invloed op hun dagelijkse werk, behalve bij rechters die zich primair met het Unierecht bezighouden. Daarnaast constateren de onderzoekers dat de Unierechtelijke kennis van rechters *much lower* is dan hun kennis van het nationale recht. Bovendien ervaren lagere rechters *een high case load* en weten zij niet precies wat de Uniewetgever van hen verwacht.²⁷⁴

In 2016 hebben Van Os en Smit in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum de procedure in hoger beroep belicht.²⁷⁵ Door analyses van de Raad voor de rechtspraak en een dossieronderzoek hebben de onderzoekers cijfermatig inzicht gegeven in 306 zaken. Daaruit volgt onder andere dat het aantal zaken in de categorie ‘bijzondere overeenkomsten’ bovenaan prijkt, waaronder de huur-, opdracht- en koopovereenkomst.²⁷⁶ In een deel van deze zaken zijn consumenten

²⁷² Van Harten 2011, h. 3-5.

²⁷³ Van Harten 2011, p. 214.

²⁷⁴ Nowak e.a. 2011, p. 86-87.

²⁷⁵ Van Os & Smit 2016

²⁷⁶ Van Os & Smit 2016, p. 81 (Tabel 5B).

betrokken. Van Os en Smit specificeren niet welk deel dat is en hoe een consumentenzaak in hoger beroep verloopt.

In 2018 heeft het Max Planck Instituut ('MPI') uit Luxemburg onderzoek gedaan naar de rechterlijke toetsingsplicht in consumentengeschillen.²⁷⁷ Het MPI heeft op basis van in totaal 526 interviews en 848 vragenlijsten geïnventariseerd hoe rechters uit verschillende lidstaten aankijken tegen en omgaan met het Unierecht. Daaruit blijkt dat nationale rechters worstelen met regels uit het Unierecht. Zij beschouwen zichzelf niet als decentrale Europese rechters. Verder laat de Unierechtspraak aan duidelijkheid en consistentie te wensen over en loopt de naleving van het Unierecht in verschillende lidstaten sterk uiteen. Het MPI heeft de Nederlandse appelrechter niet afzonderlijk in kaart gebracht.

In 2020 verscheen het rapport *Knelpunten inzake ambtshalve toetsing* van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders ('KBvG'). Dit rapport is geschreven naar aanleiding van en in aanvulling op het genoemde rapport *Ambtshalve toetsing III* uit 2018. De KBvG merkt op dat ambtshalve toetsing een belangrijk uitgangspunt is voor de beoordeling van consumentenzaken. Hij wijst tegelijk op een aantal andere rechtsbeginselen die voor partijen, opdrachtgevers en deurwaarders van eminent belang zijn. Dit zijn de beginselen van rechtseenheid en -zekerheid aan de ene kant, en de beginselen van onafhankelijkheid en toegankelijkheid van de rechterlijke macht aan de andere kant. Het moet volgens de KBvG duidelijk zijn welke uitspraak een partij kan verwachten. De KBvG concludeert dat de aanbevelingen van het LOVCK(&T) de rechtseenheid en -zekerheid dienen.²⁷⁸

Tot slot heeft Van 't Ende in 2023 een jurisprudentieonderzoek gedaan naar de rechterlijke toetsing van wijzigingsbedingen tussen 2007 en 2021. Een wijzigingsbeding geeft de gebruiker van algemene voorwaarden de mogelijkheid om de overeenkomst zonder instemming van de wederpartij te wijzigen. Een dergelijk beding staat op de blauwe lijst van de Richtlijn.²⁷⁹ Van 't Ende concludeert dat de rechter "de eisen uit de jurisprudentie van het HvJ EU in de meeste gevallen goed navolgt en meer op het Europeesrechtelijke toetsingskader georiënteerd is dan op rechtspraak van de Hoge Raad. De feitenrechter past de strengere normen uit de jurisprudentie van het HvJ EU al toe voordat deze zijn neergelegd in rechtspraak van de Hoge Raad."²⁸⁰ Van 't Ende heeft voornamelijk onderzoek gedaan naar de eerstelijsrechtspraak.

²⁷⁷ MPI 2018. Vgl. De Jager & Pavillon 2020, p. 317-318.

²⁷⁸ *Knelpunten inzake ambtshalve toetsing* 2020, p. 2-3.

²⁷⁹ Artikel 3, derde lid jo. eerste lid, onderdelen j, k en l van de bijlage van de Richtlijn.

²⁸⁰ Van 't Ende 2023, p. 165.

4.2. Interviews

4.2.1. Hypotheses

Een jaar vóór dit onderzoek kwam ik voor het eerst in aanraking met het arrest *Ebecek/Trudo*. De volgende rechtsoverweging is mijns inziens fascinerend: ‘Volgens het Nederlandse appelprocesrecht behoort de rechter immers recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren.’²⁸¹ Bij nadere bestudering van het arrest rees de vraag hoe de appelrechter deze rechtsregel in de praktijk toepast.

Ter verkenning van een mogelijk antwoord op deze vraag is enig jurisprudentieonderzoek verricht. Aan de hand van verschillende zoektermen (‘grenzen’, ‘rechtsstrijd’, ‘gebied’, ‘ambtshalve’ en ‘Richtlijn oneerlijke bedingen’) en verschillende instanties (de gerechtshoven, de Hoge Raad en de A-G’s) is op Rechtspraak.nl een *quick scan* gemaakt van het gebruik van deze terminologie. Daaruit blijkt – verkort weergegeven – het volgende.

In 2023 behandelden de gerechtshoven 30 zaken met betrekking tot de Richtlijn; in 2024 waren dat er 39 (een toename van circa 30%). In 2023 deed de Hoge Raad 400 uitspraken. In 18 daarvan komt de term ‘de grenzen van de rechtsstrijd’ aan bod, in 36 ‘ambtshalve taak’ of ‘ambtshalve toetsing’. In hetzelfde jaar verschenen 342 conclusies van de A-G’s. Daarin wordt de term ‘rechtsstrijd’ 88 keer en ‘ambtshalve toetsing’ 129 keer genoemd. In 2024 deed de Hoge Raad 342 uitspraken. Daarin komen de termen ‘de grenzen van de rechtsstrijd’ 11 en ‘ambtshalve’ 15 keer ter sprake. Bij de conclusies van de A-G’s is dit 77 respectievelijk 126 keer het geval.

Op basis van deze cijfers en het besproken empirisch onderzoek, heb ik drie hypothesen geformuleerd. Ten eerste ga ik ervan uit dat ambtshalve toetsing aan de Richtlijn, anders dan in de kantonpraktijk, geen *hot topic* is bij gerechtshoven. De kantonrechter beoordeelt vorderingen met een beloop van ten hoogste € 25.000. De kantonrechter is onder andere bevoegd in zaken betreffende consumentenkoop- en huurovereenkomsten.²⁸² Bedingen zullen met name bij dit soort overeenkomsten oneerlijk zijn. Denk aan sportschool- en telefoonabonnementen. Vorderingen met betrekking tot dergelijke overeenkomsten zullen de appelgrens van € 1.750 veelal niet bereiken.²⁸³

Ten tweede verwacht ik dat in hoger beroep nauwelijks verstekzaken dienen. Als er sprake is van verstek, wijst de rechter de eis toe, tenzij deze hem onrechtmatig

²⁸¹ HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, r.o. 3.4.1, *NJ* 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecek/Trudo*). Deze rechtsregel is geïntroduceerd in HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.6.3, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

²⁸² Artikel 93 Rv.

²⁸³ Artikel 332 Rv.

of ongegrond voorkomt.²⁸⁴ Hoewel dit in hoger beroep iets anders in zijn werk gaat door de positieve zijde van de devolutieve werking,²⁸⁵ komt het verstek ongeveer op hetzelfde neer. De geïntimeerde neemt geen memorie van antwoord.

Ten derde, en in het verlengde daarvan, ga ik ervan uit dat appellanten en geïntimeerden de rechtsgronden vrijwel altijd opnemen in de memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord. De appelrechter zal daardoor niet vaak buiten het door de grieven ontsloten gebied hoeven te treden. Deze verwachting vloeit mede voort uit mijn werkervaring in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden), waarover deelparagraaf 4.2.3.

4.2.2. Operationalisering

Onder operationaliseren versta ik de vertaling van abstracte begrippen in concrete termen. Het voordeel van operationaliseren is onder andere dat het onderzoek duidelijk, objectief en vergelijkbaar wordt; het nadeel is dat het kan leiden tot interpretatieproblemen en vervaging van begrippen. Gelet op het doel van het empirisch onderzoek zijn de abstracte begrippen niet vertaald in concrete termen.

Het doel van de interviews is om te verkennen hoe de appelrechter in de praktijk denkt over en omgaat met de theorie die in het doctrinaire onderzoek is besproken. Ik heb enig inzicht willen geven in de werkwijze van verschillende raadsheren. Het is niet de bedoeling geweest bepaalde begrippen te 'meten' of conclusies te generaliseren.

4.2.3. Verantwoording

In deze deelparagraaf wordt de groep respondenten geïntroduceerd. De resultaten van het onderzoek zijn gebaseerd op interviews met zeven raadsheren. Tot de geïnterviewden behoren twee raadsheren uit het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden), twee raadsheren uit het gerechtshof Amsterdam en drie raadsheren uit het gerechtshof Den Haag. De geïnterviewden zijn in uiteenlopende jaren begonnen als raadsheer: in 2005, 2007, 2013, 2018, twee in 2023 en één in 2024. Allen hebben een achtergrond in de advocatuur. Zes raadsheren zijn werkzaam geweest in de eerstelijnsrechtspraak, onder wie drie in de kantonpraktijk. Gemiddeld hebben zij tien jaar in deze praktijk gewerkt. Er zijn drie raadsheren gepromoveerd op het proces-, privaats- of Unierecht.

²⁸⁴ Artikel 139 Rv.

²⁸⁵ Als één of meer grieven van de appellant slagen, treedt de devolutieve zijde van de devolutieve werking in en is de appelrechter gehouden om de stellingen en werken in eerste aanleg opnieuw te beoordelen.

De interviews zijn semigestructureerd afgenomen.²⁸⁶ Dit betekent dat het gesprek werd vergezeld van een vragenlijst (zie bijlage 1) maar een organisch verloop had. De gesprekken duurden dertig tot zestig minuten. Tijdens deze gesprekken heb ik de raadsheren zo veel mogelijk aan het woord willen laten. Daardoor zijn sommige vragen in de vragenlijst van volgorde gewisseld, kwamen andere niet aan bod of rezen juist nieuwe vragen.

De raadsheren uit Amsterdam heb ik beiden tegelijk geïnterviewd, alle anderen één op één. Zes interviews zijn met toestemming auditief opgenomen; bij het zevende gesprek heb ik aantekeningen gemaakt. De opnames zijn vervolgens getranscribeerd. Dit betekent dat het gesprek is uitgeschreven in de geest van zijn verloop. Daarna zijn de verslagen ter goedkeuring voorgelegd aan de raadsheren. Iedere raadsheer is in staat gesteld om wijzigingen in het verslag aan te brengen. De voorgestelde wijzigingen zijn alle overgenomen.²⁸⁷ De verslagen zijn integraal opgenomen in de bijlagen.

4.2.4. Beperkingen

Het empirisch onderzoek kent in elk geval drie beperkingen.

Ten eerste zijn er raadsheren uit drie van de vier ressorts geïnterviewd: Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden), Amsterdam en Den Haag. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch en locatie Arnhem van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zijn niet meegenomen. Ik heb de omvang van het onderzoek willen beperken. De resultaten zijn dus niet representatief voor alle gerechtshoven; dat was niet het doel van het onderzoek.

Ten tweede en in het verlengde daarvan zijn de interviews persoonsgebonden. De opvatting van de ene raadsheer is die van de andere niet. In zoverre zijn de onderzoeksresultaten niet representatief voor andere raadsheren. Ook dat heeft het empirisch onderzoek niet beoogd.

Ten derde ben ik tijdens het onderzoek werkzaam geweest als griffier in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden). Mijn werkervaring geeft mogelijk kleur aan het onderzoek. Ik denk echter niet dat mijn bekendheid met twee van de geïnterviewden problematisch is geweest voor de uitvoering van het onderzoek.

4.2.5. Resultaten

Met de genoemde slagen om de arm, laten de resultaten uit de interviews zich ontdverdelen in negen onderwerpen. Deze zijn achtereenvolgens:

²⁸⁶ Vgl. Nowak e.a. 2011, p. 22.

²⁸⁷ Eén raadsheer heeft niet van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

- de analyse van een appeldossier;
- het soort zaken in hoger beroep;
- recht van openbare orde;
- instructiemaatregelen;
- appelgrens;
- werkdruk;
- Unierecht;
- terminologie; en
- de rapporten van het LOVCK(&T).

Deze onderwerpen bespreek ik hierna in volgorde.

4.2.5.1. Analyse van een appeldossier

Ten behoeve van dit onderwerp beschrijf ik eerst uit welke processtukken de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep bestaat. Op die manier wordt het voorwerp van een appelanalyse in kaart gebracht. Daarbij ga ik uit van een vereenvoudigde weergave van de werkelijkheid. Ik houd geen rekening met verstekzaken, tussenvonnissen, aktes en andere complicaties van de appelprocedure.

De procedure in eerste aanleg bestaat uit drie processtukken: de dagvaarding, de conclusie van antwoord en het vonnis. Dit geldt ook voor hoger beroep, dat wordt ingeleid door de appeldagvaarding en handen en voeten krijgt door de memorie van grieven en de memorie van antwoord. De appelrechter krijgt dus in beginsel zes processtukken uit twee instanties onder ogen. Gezamenlijk vormen die het appeldossier.

De vraag hoe een raadsheer een appeldossier analyseert, wordt verschillend beantwoord. Alle geïnterviewden geven aan dat er meer wegen naar Rome leiden. “Wij hebben niet zozeer een vaste werkwijze maar een werkwijze die regelmatig terugkeert.” Géén van hen begint of eindigt zijn analyse altijd bij hetzelfde processtuk. De werkwijze wordt beïnvloed door het onderwerp en de omvang van het appeldossier (“de dossiers zijn vaak heel dik”). Sommige raadsheren wijzen ook op hun rechtsgevoel, dat is gevormd door hun jarenlange ervaring in de eerstelijnsrechtspraak. Een appelanalyse kan verschillen naar gelang het gevoel bij deze of gene zaak.

Vijf van de zeven raadsheren onderscheiden (impliciet) twee fasen in de analyse van een appeldossier. In de eerste fase scannen zij een aantal processtukken. Dat leidt tot een eerste indruk van het onderwerp en de grootte van de zaak. De processtukken die als eerste worden onderworpen aan een scan zijn de inleidende dagvaarding, het vonnis en de memorie van grieven. Hierbij hanteren raadsheren geen vaste volgorde. Het scannen van deze processtukken maakt duidelijk welke vorderingen in hoger beroep voorliggen en welke zijn weggefallen (“Wat moet er nog worden beslist?”) en tegen welke beslissingen wordt gegriefd (“We proberen de kern van het geschil eruit te halen.”). Verder blijkt uit de scan of er processuele bijzonderheden zijn, zoals een wijziging van eis of gecompliceerde vorderingen. Twee raadsheren werken dit uit in een concept-arrest.

In de fase die volgt op het scannen worden de drie genoemde processtukken inhoudelijk gelezen. Dit doen raadsheren globaal op twee verschillende manieren. De ene ‘groep’ leest het appeldossier met name procestechnisch. Zij beperkt zich in principe tot een analyse van de memorie van grieven in het licht van de inleidende dagvaarding en het vonnis. Vervolgens maken deze raadsheren een samenvatting (steekwoorden en rechtsregels, referentiekader, voorbereidingsformulier) en beoordelen zij de grieven. “Ik vink de grieven puntsgewijs af.” Eén raadsheer merkt op dat deze als cursist heeft geleerd de grieven “onbekrompen en met welwillendheid” te lezen. Drie andere raadsheren stellen dat zij door hun ruime ervaring als eerstelijns-rechter vrij snel doorhebben welke feiten in hoger beroep ter zake doen. Eén raadsheer spreekt in dit kader over ‘voorkennis’.

De andere ‘groep’ raadsheren leest het appeldossier veeleer materieel-inhoudelijk. Deze raadsheren lezen alle processtukken – dus óók de conclusie van antwoord en memorie van antwoord. Eén raadsheer herleest het dossier als deze daar voldoende tijd voor heeft. “Dat maakt je scherper en voorkomt dat je details als hoofdzaken behandelt of omgekeerd.” “Maar”, zo voegt deze eraan toe, “daar is niet altijd tijd voor.” Het laatste duidt op werkdruk, die wordt besproken in deelparagraaf 4.2.5.6.

4.2.5.2. Soort zaken in hoger beroep

Uit de interviews blijkt dat raadsheren veel verschillende soorten zaken doen. Denk aan geschillen in het arbeids-, huur- en IE-recht, maar ook in de bouw- en overheidssector. De hoofdregel is dat die zaken onwillekeurig worden toegedeeld aan raadsheren; de uitzondering dat deze worden behandeld door raadsheren met een specialistische achtergrond.

Het gerechtshof Amsterdam kent een onderverdeling in drie ‘subteams’: 1) consument en werk, 2) bouw en vastgoed, en 3) aansprakelijkheid, onderneming en financiën. Daarnaast heeft het gerechtshof Amsterdam eigener beweging een ‘consumententeam’ in het leven geroepen. Dit team bestaat uit acht raadsheren die zich dagelijks bezighouden met consumentenrecht, zoals de Richtlijn. Het team organiseert aparte mondelinge behandelingen en voert periodiek overleg over de ontwikkelingen op dit rechtsgebied. De raadsheren uit gerechtshof Amsterdam die voor dit onderzoek zijn geïnterviewd maken deel uit van dit team.

Het gerechtshof Den Haag maakt gebruik van twee ‘handelsteams’: het ene team houdt zich bezig met overheidsprivaatrecht-, huur-, IE- en variázaken; het andere met ondernemingsrecht-, arbeidsrecht- en variázaken. Het eerste team kent een cluster voor huurzaken, dat maandelijks de meest relevante jurisprudentie omtrent het huurrecht doorneemt. Dit team heeft kenmerken van het Amsterdamse consumententeam.

In het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) bestaan behalve de sector handel geen handels- en subteams of clusters. “Consumentenzaken

worden niet als zodanig beschouwd als specialisme.” Uit de interviews met deze raadheren blijkt dat sommige zaken – als uitzondering op de regel – worden toege-deeld aan raadsheren met een specialistische achtergrond. Denk hierbij aan raads-heren die een achtergrond hebben in het agrarisch recht of in het aansprakelijkheids-recht.

4.2.5.3. Recht van openbare orde

De subteams in Amsterdam, de handelsteams in Den Haag en de raadsheren in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) blijken zelden in aanraking te komen met recht van openbare orde. Slechts een paar procent van de zaken staat in het teken van consumentenbedingen als bedoeld in artikel 3 lid 1 Richtlijn. Twee raadsheren, die geen onderdeel zijn van het consumententeam, constateren dat con-sumentenbedingen – zo die er zijn – met name spelen in huurzaken. In dit soort zaken procederen consument-huurders tegen bedrijfsmatige verhuurders. Een andere raadsheer die zich frequent bezighoudt met huurzaken merkt op dat oneerlijke be-dingen daarin juist geen rol van betekenis spelen. De meeste huurgeschillen zijn vol-gens hem rechttoe rechtaan. In deze geschillen wordt zelden discussie gevoerd over consumentenbedingen; vaak is deze discussie reeds in eerste aanleg opgelost.

De twee raadsheren uit het consumententeam komen het meest in aanraking met consumentenrecht. De ene raadsheer behandelt tien tot vijftien van deze zaken per jaar, de andere ongeveer tien. Die geschillen draaien in hoofdzaak om het consu-mentenrecht. Beide raadsheren toetsen in verhouding tot andere richtlijnen het meest aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.

Aan vier raadsheren heb ik gevraagd of zij het prettiger vinden dat de appel-lant de rechtsgronden in de memorie van grieven opneemt, of dat zij deze als appel-rechter ambtshalve moeten aanvullen. Allen vinden het wenselijk dat de advocaten de feiten van rechtsgronden voorzien. Twee raadsheren geven aan dat als dit niet het geval is, zij partijen uitlaten over de rechtsgrond. Twee andere raadsheren zijn van mening dat advocaten tegenwoordig vaker voorsorteren op de Richtlijn en deze ei-gener beweging opnemen in hun memories. Daarbij speelt mee dat partijen reeds “in eerste aanleg op hun vingers [zijn] getikt”.

4.2.5.4. Instructiemaatregelen

Voor zover recht van openbare orde ter zake doet en dit buiten het door de grieven ontsloten gebied valt, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd, gelasten raadshe-ren veelal een mondelinge behandeling. Een beding dat vermoedelijk oneerlijk is wordt dan op initiatief van het gerechtshof ter sprake gebracht. Partijen krijgen de gelegenheid een standpunt in te nemen en kunnen vragen om een extra

reactiemogelijkheid door een akte van uitlating. Eén raadsheer merkt op dat de vragen die hij op de mondelinge behandeling stelt, zich laten lezen als instructiemaatregelen. Een viertal raadsheren meent dat een verrassingsbeslissing wordt voorkomen door het stellen van vragen.

Eén van die raadsheren benadrukt het belang van een goede verslaggeving in het proces-verbaal van hetgeen op de mondelinge behandeling is besproken. Op die manier wordt geanticipeerd op een mogelijke cassatieklacht wegens schending van hoor en wederhoor. Een andere raadsheer merkt op dat hij heeft meegemaakt dat een partij in cassatie ging met deze klacht. Die klacht ging onderuit. Het consumentenrecht was namelijk duidelijk tijdens de mondelinge behandeling ter sprake gekomen, de aangesproken partij had daarover een standpunt ingenomen en deze had niet om een extra reactiemogelijkheid gevraagd.

Niet in alle zaken vindt een mondelinge behandeling plaats. Dit is het geval bij verstekzaken. In die zaken zijn raadsheren aangewezen op andere instructiemaatregelen dan een mondelinge behandeling. Het merendeel van hen laat partijen een akte van uitlating nemen, waarin deze kunnen reageren op (ambtshalve toetsing aan) de Richtlijn. Eén raadsheer geeft aan dat hij wel eens een instructiemaatregel heeft genomen over de band van artikel 21 Rv, dat kortweg bepaalt dat partijen de feiten volledig en naar waarheid moeten aanvoeren.

De raadsheren uit het consumententeam organiseren geregeld mondelinge behandelingen en akte van uitlatingen. Zij vragen zich evenwel af hoever zij kunnen gaan in het vergaren van feiten. “[Waar] zit de redelijke uitkomst?”, vraagt één van beiden zich af. Daarover bestaat onduidelijkheid in de Unierechtspraak, dat aan bod komt in deelparagraaf 4.2.5.7. Een andere raadsheer ziet een discrepantie tussen recht van openbare orde en consumentenbedingen. Volgens hem schrijft de Hoge Raad enerzijds voor dat rechters niet te activistisch mogen zijn bij de toepassing van recht van openbare orde, en anderzijds dat rechters het consumentenrecht, dat daarmee op één lijn wordt gesteld, actief dienen te handhaven.

Weer een andere raadsheer benadrukt dat de appelrechter ook bij een actief handhaven voorzichtig moet zijn. Een consument zal zich op de een of andere manier moeten verzetten tegen een oneerlijk beding, alvorens de appelrechter instructiemaatregelen mag treffen. Deze raadsheer stelt meer in het algemeen dat appelrechters zo snel mogelijk eindarrest willen wijzen. Door het wijzen van tussenarresten duurt de zaak langer. Daarbij speelt ook een financieel motief: eindarresten leveren geld op. Net als twee andere raadsheren geeft deze raadsheer aan dat dit niet mag doorslaan in het niet willen horen van getuigen of deskundigen.

Drie raadsheren wijzen op de praktische gevolgen van ambtshalve vernietiging van oneerlijke bedingen. “Bestelknoppen worden [...] aangepast en algemene voorwaarden gewijzigd.” Een andere raadsheer: “Het valt op dat verhuurders [oneerlijke] bedingen razendsnel aanpassen.” Mede door de rechterlijke toetsingsplicht houden consumenten volgens één raadsheer vertrouwen in handelaars en blijven zij consumeren, omdat zij weten dat hen geen poot wordt uitgedraaid door kwalitatief slechte producten aan te bieden of onredelijke voorwaarden te stellen. Deze raadsheer

concludeert: “De reële bijdrage van de gerechtshoven is dan relatief bescheiden, maar het uitstralend effect is groot.”

4.2.5.5. Appelgrens

Artikel 332 lid 1 Rv bepaalt kortweg dat een partij tegen het vonnis in beroep kan indien de vordering méér beloopt dan € 1.750. Dit is de appelgrens. De vordering komt niet op het bordje van de appelrechter als deze grens niet wordt bereikt. De geïnterviewden stellen unaniem dat de appelgrens de aanwas van consumentenzaken in hoger beroep beperkt. Vorderingen inzake koop op afstand, sportschoolabonnement- en telefoonzaken blijven vaak onder de appelgrens. De reisafstand tot de gerechtshoven en de hoogte van het griffierecht in hoger beroep wordt één keer opgegeven als reden voor het geringe aantal consumentenzaken in appel. Eén van de raadsheren voegt daaraan toe dat een deel van de geschillen wordt opgelost via andere wegen, zoals een minnelijke regeling buiten rechte. Een andere raadsheer is van mening dat consumenten die wél in hoger beroep komen, extra gemotiveerd zullen zijn en recht van openbare orde daarom uit eigen beweging opnemen in hun memorie van grieven. Dit maakt dat de appelrechter niet buiten het door de grieven ontsloten gebied hoeft te treden.

4.2.5.6. Werkdruk

Uit de interviews blijkt dat raadsheren gemiddeld een vergelijkbare werkdruk ervaren, hoewel sommigen van hen méér werken dan anderen. Eén raadsheer merkt op dat het recht steeds verder wordt verfijnd. Juridische bronnen schieten als paddenstoelen uit de grond en de arresten van de Hoge Raad zijn langer dan vroeger. “Om een geschil goed te kunnen beslechten, moeten raadsheren zich ongeveer overal in verdiepen en alles opzoeken.” Daardoor neemt de werkdruk toe. Volgens een andere raadsheer dwingt de werkdruk haar “soms om keuzes te maken tot hoever ik kan gaan”.

Op de vraag in hoeverre de rechterlijke toetsingsplicht de werkdruk beïnvloedt, wordt verrassend gereageerd. De rechterlijke toetsingsplicht wordt niet ervaren als heet hangijzer. “Ambtshalve toetsen is belangrijk en maakt niet uit voor de werkdruk.” En: “Dat doen we gewoon.” Dat heeft twee oorzaken. In de eerste plaats zijn de raadsheren uit het consumententeam gespecialiseerd in het consumentenrecht. Zij bestuderen de relevante rechtspraak van de Hoge Raad en van het HvJ EU ‘eindeloos’. Bovendien werkt het gerechtshof Amsterdam sinds kort met een ander rooster, waarbij raadsheren minder vaak worden ingeroosterd en méér voorbereidingstijd krijgen. In de tweede plaats, en in het verlengde daarvan, komen de overige vijf raadsheren zelden in aanraking met recht van openbare orde. A fortiori drukken de consumentenzaken die zij wél behandelen minder zwaar op hen.

4.2.5.7. Unierecht

De raadsheren blijken allen kritisch te zijn op Unierechtspraak. De uitspraken van het HvJ EU worden beschreven als ‘weinig begrijpelijk’, ‘lastig’ en ‘heel moeilijk leesbaar’. Bij het lezen van zijn arresten en prejudiciële beslissingen “poppen er steeds vragen op”. “We proberen ons een weg door het woud heen te banen.”

Verschillende omstandigheden dragen bij aan deze kritiek. De uitspraken van het HvJ EU zijn ontzettend lang en zijn formulering wijkt af van die van de Hoge Raad. Twee andere raadsheren beklagen zich erover dat het HvJ EU, anders dan de Hoge Raad, het geschil niet of nauwelijks contextualiseert. “Bij het lezen van een dergelijke uitspraak blijft de onduidelijkheid hangen: je weet het soms nog steeds niet.” Dit leidt ertoe dat er concept-arresten worden geschreven ter voorbereiding van een prejudiciële vraag.

Daarnaast blijkt het niet altijd duidelijk te zijn welk rechtsgevolg verbonden is aan een schending van het Unierecht. “Is dat nietigheid? vernietigbaarheid? is er conversie mogelijk?”, vraagt één raadsheer zich af. Deze raadsheer wijst ook op twee andere omstandigheden. Het begrippenapparaat en de denkwijze van het HvJ EU is net wat anders dan in het nationale recht. Een andere raadsheer, die is gepromoveerd op het Unierecht, bevestigt dit beeld. Hij merkt op dat het HvJ EU een generale bril op zet en vooral algemeen denkt. Wat het HvJ EU doet, is dat het een vierkantje door een driehoek probeert te duwen. Zijn uitspraken interfereren met de procedurele autonomie van lidstaten en leiden tot fricties.

Verder stellen drie raadsheren dat het HvJ EU ideologisch of teleologisch te werk gaat. “Het wil de consument uit welwillendheid, vanuit het idee van consumentenbescherming, beschermen.” De raadsheren uit het consumententeam vragen zich af of het HvJ EU begrijpt welke verstreckende consequenties zijn uitspraken hebben voor de nationale rechtsorde.

Op de vraag hoe de rechtspraak van het HvJ EU zich verhoudt tot die van de Hoge Raad, wordt wisselend geantwoord. Twee raadsheren merken op dat de Hoge Raad meer praktisch is, maar “waarom dat zo is weten wij niet precies”. Met praktisch lijkt te worden bedoeld dat de Hoge Raad af en toe knopen doorhakt, zoals in het arrest *Arvato* uit 2021. Tegelijk vragen deze raadsheren zich af (net als één andere raadsheer) of Nederland “niet roomser is dan de paus”.

Die metafoor laat zich op twee manieren begrijpen. In de eerste plaats door de rechtspraak van de Hoge Raad af te zetten tegen die van het HvJ EU en in de tweede plaats door Nederland als lidstaat te vergelijken met andere lidstaten. Het is in deze laatste verhouding dat raadsheren opmerken dat Nederland “welhaast is doorgeschoten in de mate waarin ambtshalve wordt getoetst”. Dit beeld wordt bevestigd door een andere raadsheer. “Het valt op dat ambtshalve toetsing in de rechtspraak een probleem is van een paar lidstaten.” In verhouding tot dié lidstaten – volgens één raadsheer lidstaten uit het Oostblok – lijkt de Hoge Raad roomser dan de paus te zijn.

4.2.5.8. Terminologie

De begrippen de grenzen van de rechtsstrijd, de omvang van het appel en het door de grieven ontsloten gebied blijken meerduidig te zijn. Volgens de één is de omvang van het appel het door de grieven ontsloten gebied, volgens een andere raadsheer wordt de rechtsstrijd in hoger beroep bepaald door dit gebied én dat “wat de raadsheren daarbuiten ambtshalve moeten toetsen”, volgens weer een ander gaan de grenzen van de rechtsstrijd over “het debat dat tussen partijen wordt gevoerd” terwijl een vierde raadsheer deze grenzen afhankelijk stelt van “de feitelijke omstandigheden van de zaak en hoe partijen die omstandigheden naar voren brengen”. Van de drie termen hanteren raadsheren met name het door de grieven ontsloten gebied. Drie raadsheren zijn het erover eens dat de grenzen van de rechtsstrijd, gelet op de omschrijving van de Hoge Raad, heel ruim zijn. Bij het doorvragen naar de betekenis van deze terminologie, blijken raadsheren inhoudelijk op één lijn te zitten. Ze gebruiken verschillende woorden om hetzelfde mee aan te duiden.

De raadsheer met een achtergrond in het Unierecht merkt op dat begrippen als de grenzen van de rechtsstrijd en de omvang van het appel ‘Nederlandsrechtelijk’ zijn gedacht. “In bepaalde gevallen”, zegt hij, “kan het HvJ EU daar dwars doorheen snijden.” Dit komt door de teleologische benadering van het HvJ EU, die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in *Unicaja Banco*.

4.2.5.9. Rapporten van het LOVCK(&T)

De zeven raadsheren kennen de rapporten van het LOVCK(&T). De één kent ze beter dan de ander. De raadsheren uit het consumententeam studeren er ‘eindeloos’ op; anderen gebruiken het als naslagwerk en weer andere raadsheren herkennen ze alleen. In paragraaf 3.2.1 is opgemerkt dat de drie rapporten met name zijn geschreven voor rechtbanken. Over de vraag of gerechtshoven behoefte hebben aan een dergelijk rapport, wordt verschillend gedacht. Beide raadsheren uit het gerechtshof Amsterdam juichen dit idee toe. “Dat lijkt ons erg nuttig.” En: “Het is het beste als er uniforme rechtspraak tot stand komt.” Zij wijzen erop dat het rapport uit 2018 is geadateerd. Het gerechtshof Amsterdam bestaat intussen uit een kennisgroep voor ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen.

De raadsheren uit andere gerechtshoven zijn weliswaar bekend met de rapporten van het LOVCK(&T), maar minder enthousiast over het idee van een rapport voor gerechtshoven. Zij komen als opgemerkt nauwelijks in aanraking met consumentenrecht. “Met name bij kantonrecht is er sprake van bulkwerk. [...] Dit speelt niet op het gerechtshof.” Een andere raadsheer: “Dat geldt voor raadsheren in gerechtshoven niet.” Daardoor is er weinig behoefte aan een uitgebreid rapport. Eén raadsheer werkt bij voorkeur direct met de uitspraken van de Hoge Raad en het HvJ EU, een andere raadsheer met handreikingen of vuistregels.

4.2.6. Analyse

In deze deelparagraaf wordt de rode draad in de negen onderwerpen blootgelegd. Deze valt uiteen in drie delen: de ervaring met, de kennis over en de houding van raadsheren ten opzichte van ambtshalve toetsing aan de Richtlijn.²⁸⁸

4.2.6.1. Ervaring

De raadsheren hebben gemiddeld vele jaren ervaring met zaken van uiteenlopende aard, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Dit komt mede doordat de zaakstoedeling in beginsel onwillekeurig is: iedere raadsheer behandelt de zaak die aan hem wordt toegedeeld. De gerechtshoven Amsterdam en Den Haag kennen een uitzondering. Zij hanteren sub- of handelsteams. Deze teams concentreren zich op bepaalde rechtsgebieden, zoals het huur- en ondernemingsrecht. In het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) worden specialistische zaken toegedeeld aan raadsheren met een specialistische achtergrond. Dit ligt anders in het consumententeam uit het gerechtshof Amsterdam. De twee geïnterviewde raadsheren uit dit team hebben veel ervaring met de rechterlijke toetsingsplicht en de interpretatie van Unierechtspraak, met name vanuit hun achtergrond in de kantonpraktijk.

4.2.6.2. Kennis

Alle raadsheren zijn zich bewust van de rol van consumentenbescherming in het recht. In zaken waarin een consument partij is, staat de ‘oneerlijke bedingenradar’ op scherp. De raadsheren uit de gerechtshoven Den Haag en Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) komen zelden toe aan ambtshalve toetsing van consumentenrecht. Dit komt één of hoogstens twee of drie keer per jaar voor. Beide gerechtshoven erkennen het consumentenrecht niet als specialisme; het zijn algemene of variázaken.

In dat opzicht lijkt er een kloof te bestaan tussen de Unieverplichtingen en de praktische toepassing van die verplichtingen door de appelrechter.²⁸⁹ Volgens het onderzoek van het MPI uit 2018 komt dit onder andere door een gebrek aan *guidance* en *best practices*.²⁹⁰ Uit de resultaten van mijn empirisch onderzoek blijkt dat raadsheren deze gebreken niet ervaren, omdat zij nauwelijks in aanraking komen met de Richtlijn. Dit leidt ertoe dat zij minder parate kennis hebben van de Richtlijn en geen behoefte hebben aan een speciaal rapport. Deze raadsheren maken gebruik van

²⁸⁸ Deze driedeling is gebaseerd op Nowak e.a. 2011, p. 81.

²⁸⁹ Van Duin 2019, p. 140.

²⁹⁰ MPI 2018, p. 86.

externe cursussen, digitale bronnen en wenden zich zo nodig tot collega's met kennis van het consumentenrecht.

Dit ligt anders in het consumententeam uit het gerechtshof Amsterdam. Daar wordt het consumentenrecht actief bijgespijkerd. Er worden cursussen georganiseerd en periodieke (jurisprudentie)overleggen gevoerd met betrekking tot de ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak en in de Unierechtspraak. Deze raadsheeren zijn van opvatting dat de rapporten van het LOVCK(&T) zijn verouderd. Zij hebben behoefte aan een geüpdatet rapport. Die behoefte bestaat ondanks het feit dat het consumententeam het consumentenrecht uit eigen beweging probeert bij te spijkeren. Dit laat zich verklaren doordat deze raadsheeren de bomen niet meer door het Unierechtelijke bos kunnen zien. Het is niet duidelijk in hoeverre raadsheeren in de procedure moeten interveniëren als er onvoldoende informatie op tafel ligt. Dit komt overeen met het genoemde onderzoek van het MPI, dat constateert dat nationale rechters vinden dat de Unierechtspraak aan duidelijkheid te wensen overlaat.

4.2.6.3. Houding

Raadsheeren staan over het algemeen niet onwelwillend tegenover de toepassing van het Unierecht. Zoals uit deelparagraaf 4.2.5.5 blijkt, halen de meeste consumentenzaken de appelgrens niet en blijven deze in eerste aanleg hangen. Raadsheeren hebben compassie met eerstelijnsrechters, die worden overspoeld door consumentenzaken. Het merendeel van deze raadsheeren is zelf kanton- en/of handelsrechter geweest. Zij kunnen zich vereenzelvigen met een consumentvriendelijke uitleg van het Unierecht. Voor zover de raadsheeren ergens ontevreden over zijn, zit die onvree in de aard en strekking van de uitspraken van het HvJ EU. Deze uitspraken worden ervaren als ingewikkeld, inconsistent en onduidelijk.

De Hoge Raad bakent de appelprocedure af in termen van de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied. Het HvJ EU doet dat niet en beschrijft de procedure in hoger beroep in algemenere termen. Raadsheeren lijken het laatste ook te doen. In lijn met het in deelparagraaf 4.1.2 besproken onderzoek van Van 't Ende, blijken appelrechters meer op het Unierechtelijke toetsingskader te zijn georiënteerd dan op het nationale toetsingskader. Hoewel de meesten van hen bekend zijn met de terminologie van de Hoge Raad, gebruiken zij deze niet of nauwelijks. Hun denkkader is ruimer. Zij vragen zich in meer algemene (niet-juridische) bewoordingen af waar het in hoger beroep eigenlijk (nog) over gaat en wat er tussen partijen steekt.

4.2.7. Hypotheses getoetst

In deelparagraaf 4.2.1 zijn drie hypothesen geformuleerd:

- 1) de Richtlijn is geen *hot topic* bij gerechtshoven;
- 2) in hoger beroep komen nauwelijks verstekzaken voor; en
- 3) appellanten en geïntimeerden nemen de rechtsgronden vrijwel altijd op in de memorie van grieven respectievelijk memorie van antwoord.

De resultaten en analyse van het empirisch onderzoek bevestigen deze hypotheses.

5. Afronding

In de vorige drie hoofdstukken kwam veel materie ter sprake. In dit slothoofdstuk vat ik de belangrijkste punten samen. Paragrafen 5.1 en 5.2 geven de conclusies uit het eerste respectievelijk tweede drieluik weer. Voor de belangrijkste punten uit het empirisch onderzoek verwijs ik naar deelparagraaf 4.2.6. Paragraaf 5.3 besluit met twee aanbevelingen, want “[wij] mogen niet besluiten zonder den blik nog even verruimd te hebben door naar voren te zien”.²⁹¹

5.1. Conclusies uit het eerste drieluik

Het eerste drieluik van het doctrinaire onderzoek was juridisch-technisch van aard. In paragraaf 2.1 kwamen de artikelen 23, 24 en 25 Rv aan de orde, in paragraaf 2.2 de herkansings- en controlefunctie van het hoger beroep en in paragraaf 2.3 de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo*.

In paragraaf 2.1.1 is uitgelegd dat de rechter volgens artikel 23 Rv beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd. Een geschil wordt aan het oordeel van de appelrechter onderworpen door de appeldagvaarding. In het appelpetitum staat wat de appellant heeft te vorderen van de geïntimeerde. Behoudens vier afwijkingen is de appeldagvaarding gelijk aan de dagvaarding in eerste aanleg. Het is de exclusieve bevoegdheid van partijen om de grenzen van de rechtsstrijd te trekken. De appelrechter moet voorkomen dat hij méér of iets anders toewijst dan is gevorderd.

Uit paragraaf 2.1.2 volgt dat de rechter op grond van artikel 24 lid 1 Rv onderzoek doet naar en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd. De feitelijke grondslag bestaat uit feiten en omstandigheden waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. In eerste aanleg trekt de feitelijke grondslag de grenzen van de rechtsstrijd; in hoger beroep worden de grenzen van de rechtsstrijd getrokken door de appeldagvaarding. De appellant onderbouwt zijn vorderingen in de memorie van grieven. Dit is het door de grieven ontsloten gebied. De geïntimeerde kan op de memorie van grieven reageren in een memorie van antwoord. Dit wordt de tweeconclusieregel genoemd. Als een grief faalt, bekrachtigt de hogere rechter de beslissing van de lagere rechter. Dit is anders als de rechtbank recht van openbare orde ten onrechte niet of onjuist heeft toegepast en dat recht buiten het door de grieven ontsloten gebied valt maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

In paragraaf 2.1.3 stond artikel 25 Rv centraal. Volgens deze wetsbepaling vult de rechter de rechtsgronden ambtshalve aan. Bij recht van openbare orde dreigen rechtsgevolgen waar partijen niet vrij over kunnen beschikken. Als de rechtbank deze rechtsgrond toepast, moet zij de grenzen van de rechtsstrijd overschrijden, mits zij

²⁹¹ Scholten 1949, p. 466.

binnen de grenzen van artikel 149 lid 1, eerste volzin, Rv blijft. De appelrechter is daarentegen verplicht om buiten het door de grieven ontsloten gebied te treden, mits hij binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft.

In paragraaf 2.2 is achtereenvolgens de herkansings- en controlefunctie van het hoger beroep uitgelegd. In appel creëert de appellant ruimte voor een nieuwe behandeling van de zaak. Hoe omvangrijk die behandeling is, bepaalt de appellant. Ook de geïntimeerde heeft zelf in de hand tegen welke grieven hij zich verweert. Waar de herkansingsfunctie ertoe dient dat partijen hun fouten en verzuimen herstellen en nieuwe vorderingen, stellingen en feiten inbrengen, dient controle ter reparatie van fouten en onvolkomenheden van de lagere rechter door de hogere rechter. Indien de rechtbank recht van openbare orde ten onrechte niet of onjuist heeft toegepast, is het aan de appelrechter om dit ambtshalve te controleren voor zover de appellant in de appeldagvaarding is opgekomen tegen die beslissing.

Paragraaf 2.3 vormt het slot van het eerste drieluik. In deelparagraaf 2.3.1.1 is het arrest *Ebecek/Trudo* in de Nederlandse procesrechtelijke traditie geplaatst. In deelparagraaf 2.3.1.2 zijn de feiten en omstandigheden van het arrest weergegeven.

In deelparagraaf 2.3.1.3 is de conclusie van A-G Wissink besproken. De arresten *Heesakkers/Voets* en *Beermann/Dexia* kennen twee vereisten voor ambtshalve toetsing aan de Richtlijn. De vordering valt ten eerste binnen de grenzen van de rechtsstrijd en de appelrechter ziet ten tweede inhoudelijk aanleiding voor een ambtshalve onderzoek. In *Ebecek/Trudo* viel het boetebeding binnen de grenzen van de rechtsstrijd maar buiten het door de grieven ontsloten gebied. Volgens de A-G moest de appelrechter daarom ambtshalve onderzoeken of er noodzakelijke gegevens, feitelijk een rechtens, waren om het beding aan te merken als oneerlijk. De A-G concludeert dat het gerechtshof ten onrechte is uitgegaan van de geldigheid van de boete.

Uit deelparagraaf 2.3.1.4 blijkt dat de Hoge Raad deze conclusie volgt. Volgens de Hoge Raad zijn de grenzen van de rechtsstrijd en het door de grieven ontsloten gebied niet met elkaar te vereenzelvigen. Het verschil tussen beide komt volgens hem naar voren wanneer de appellant vernietiging vordert van een beslissing tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is. In *Heesakkers/Voets* gebruikt de Hoge Raad vergelijkbare bewoordingen.

In slotparagraaf 2.3.2 heb ik gereflecteerd op de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo*. Deze rechtsregel komt mijns inziens tot uitdrukking in een meeromvattende regel: “als de grieven falen, dan bekrachtigt de appelrechter het vonnis, tenzij de rechtbank een beding in de zin van de Richtlijn ten onrechte niet of onjuist heeft getoetst op oneerlijkheid en dat beding binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt maar buiten het door de grieven ontsloten gebied, tenzij de consument zich daartegen verzet”. Is de appelrechter van oordeel dat aan deze drie cumulatieve vereisten is voldaan, dan moet hij het beding vernietigen. Dit is anders wanneer de consument zich verzet tegen ambtshalve toetsing aan de Richtlijn.

Het Unierecht lijkt te worden ingezet om doelen te realiseren die buiten het procesrecht liggen. Dit blijkt gepaard te gaan met gecompliceerde constructies in het nationale recht, zoals de meeromvattende regel. Een aantal schrijvers merkt op dat een actieve appelrechter op gespannen voet staat met de lijdelijkheid van de civiele rechter en de verdedigingsmogelijkheden van partijen. Door de in beginsel strakke regel kunnen partijen volgens *Ancery* hun koers niet meer veranderen. Op grond van het arrest *Beermann/Dexia* dient de appelrechter partijen over en weer in staat te stellen om te reageren op een nieuw aspect. Daarmee wordt mijns inziens recht gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.

5.2. Conclusies uit het tweede drieluik

In het tweede drieluik is de appelprocedure belicht vanuit een Unierechtelijk perspectief. In paragraaf 3.1 kwamen vier beginselen uit het Unierecht ter sprake, in paragraaf 3.2 de Richtlijn en in paragraaf 3.3 de uitspraak *Unicaja Banco*.

In deelparagraaf 3.1.1 is het beginsel van procedurele autonomie uitgelegd. Wanneer het Unierecht niet voorschrijft hoe een Unierechtelijke regel ten uitvoer moet worden gelegd in de nationale rechtsorde, is het aan de lidstaten om die leemte te vullen. De procedurele autonomie wordt gestroomlijnd door het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel kwam ter sprake in deelparagraaf 3.1.2. Dit beginsel brengt met zich dat het nationale recht zaken van nationale en Unierechtelijke aard gelijk moet behandelen. Het Unierecht is net als dwingend recht en recht van openbare orde een rechtsgrond. Volgens vaste Unierechtspraak zijn de Richtlijnbepalingen gelijkwaardig aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden. In *Ebecek/Trudo* heeft de Hoge Raad dit bevestigd.

In deelparagraaf 3.1.3 is aandacht besteed aan het doeltreffendheidsbeginsel. Volgens dit beginsel mogen nationale procedureregels de verwezenlijking van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Onder omstandigheden kan het doeltreffendheidsbeginsel nationale procesrechtelijke belemmeringen doorbreken. Het Unierecht bepaalt niet wanneer dit het geval is. Of het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat de appelrechter afwijkt van de rechtsregel uit *Ebecek/Trudo*, is afhankelijk van de plaats van deze rechtsregel in de procedure, hoe de procedure verloopt en de eventuele bijzondere kenmerken van die procedure.

In slotdeelparagraaf 3.1.4 kwam het beginsel van finaliteit ter sprake. Volgens het HvJ EU zijn rechterlijke beslissingen definitief geworden nadat de beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of doordat de beroepstermijn is verlopen. Partijen kunnen deze beslissingen in een andere procedure niet opnieuw in het geding brengen. Het beginsel van finaliteit heeft kenmerken van de beginselen van kracht en gezag van gewijsde.

Paragraaf 3.2 stond in het teken van de Richtlijn. De Richtlijn dateert van 1993 en is een vroeg fundament van consumentenbescherming. Bij een consumenten-

overeenkomst zijn twee partijen betrokken: de consument en de verkoper. De Richtlijn beschermt consumenten tegen oneerlijke bedingen. Er zijn verschillende oneerlijke bedingen denkbaar, zoals het boetebeding en het bodemrentebeding. De Richtlijnbevestigingen strekken ertoe om een contractueel evenwicht te waarborgen tussen de consument en de verkoper.

Volgens artikel 6 lid 1 Richtlijn bepalen lidstaten dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Deze Richtlijnbevestiging moet volgens het HvJ EU worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan nationale regels die in de interne rechtsorde gelden als regels van openbare orde. Artikel 6 lid 1 Richtlijn is dus van superdwingend recht. Constateert de appelrechter dat het beding oneerlijk is omdat het het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument, dan moet hij dat beding vernietigen.

In slotparagraaf 3.3 van het drieluik over het Unierecht stond de uitspraak *Unicaja Banco* centraal. In deelparagraaf 3.3.1.1 zijn de belangrijkste ontwikkelingen in de Unierechtspraak over het consumentenrecht geschetst. Uit deelparagraaf 3.3.1.2 blijkt dat een bankinstelling een hypothecaire lening heeft verstrekt aan L. De overeenkomst bevat een bodemrentebeding. De Spaanse rechtbank wijst de vordering tot nietigverklaring van het beding toe. De bankinstelling wordt veroordeeld in de volledige proceskosten en tot gedeeltelijke terugbetaling van de rente. De appelrechter vernietigt het vonnis deels, maar de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting blijft in stand. In cassatie stelt L dat het laatste in strijd is met artikel 6 lid 1 Richtlijn.

In deelparagraaf 3.3.1.3 is de conclusie van A-G Tachev toegelicht. De Tribunal Supremo wenst te vernemen of artikel 6 lid 1 Richtlijn in de weg staat aan het Spaanse lijdelijkheidsbeginsel, het beginsel van samenhang en het verbod van reformatio in peius. De A-G betoogt dat L niet in staat was op grond van de uitspraak *Gutiérrez Naranjo* te appelleren tegen de gedeeltelijke terugbetalingsverplichting. Dat kon L pas voor het eerst in cassatie. Tachev concludeert dat de Spaanse rechtspraak aan L het rechtsmiddel heeft ontnomen om zijn consumentenrechten te doen gelden.

Uit deelparagraaf 3.3.1.4 blijkt dat het HvJ EU de conclusie van A-G Tachev volgt. Volgens het HvJ EU biedt de Spaanse vaste rechtspraak consumenten als L een beperkte bescherming. L was niet in staat aanspraak te maken op een *volledige* rentevergoeding. Deze bescherming is volgens het HvJ EU onvolledig en ontoereikend. Bovendien kan niet worden geoordeeld dat L zich volledig passief heeft gedragen. Volgens het HvJ EU moest de appelrechter het bodemrentebeding daarom ambtshalve aan de Richtlijn toetsen.

Het tweede drieluik besloot met deelparagraaf 3.3.2. In deelparagraaf 3.3.2.1 zijn de grondslagen van de rechterlijke toetsingsplicht besproken. Ik heb beargumenteerd dat de rechterlijke toetsingsplicht niet kan worden verankerd in artikel 25 Rv. Het arrest *Ebecek/Trudo* is in elk geval in lijn met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dit kan niet in algemene zin worden gezegd over het doeltreffendheidsbeginsel. *Ebecek/Trudo* is niet toegesneden op de bijzondere omstandigheden uit *Unicaja*

Banco. Nu de appelrechter buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden, zal hij vrijwel altijd tegemoetkomen aan de beschermingsgedachte van de Richtlijn.

In deelparagraaf 3.3.2.2 kwamen de instructiemaatregelen ter sprake. Het blijkt dat de Hoge Raad zwaardere eisen stelt aan de onderzoeksplicht van de appelrechter dan het HvJ EU. Volgens de Hoge Raad moet de appelrechter namelijk zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van de Richtlijn als ten aanzien van de mogelijke oneerlijkheid van een beding instructiemaatregelen treffen. Bij dat onderzoek dient de appelrechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd te blijven.

5.3. Aanbevelingen

In deze laatste paragraaf doe ik twee aanbevelingen voor de wetgever en/of voor vervolgonderzoek. Daarbij neem ik in ogenschouw dat de rechterlijke toetsingsplicht in hoger beroep in de praktijk weinig voorkomt.

In de eerste plaats zou de wetgever in overweging kunnen nemen om de rechterlijke toetsingsplicht te codificeren. Dat heeft hij op verschillende plaatsen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geprobeerd te doen, bijvoorbeeld in artikel 23, 24 en 25 Rv. Deze wetsbepalingen zijn echter onvolledig en onvoldoende toegespitst op ambtshalve toetsing van recht van openbare orde of recht dat als zodanig wordt aangemerkt. In artikel 25 Rv staat bijvoorbeeld niet dat de rechter de rechtsgronden ambtshalve moet toepassen, bij welke rechtsgronden hij dat moet doen en onder welke omstandigheden. Codificatie zou bijdragen aan transparantere rechtspraak.

Uit de resultaten van de interviews blijkt dat raadsheren over het algemeen duidelijk voor ogen hebben wat de rechterlijke toetsingsplicht inhoudt en in welke gevallen zij instructiemaatregelen moeten nemen. Om die reden zou een nieuw rapport, bijvoorbeeld van de hand van het LOVCK(&T), mogelijk volstaan. Het is duidelijk dat appelrechters die veelvuldig in aanraking komen met het consumentenrecht, zoals de raadsheren uit het consumententeam van het gerechtshof Amsterdam, behoefte hebben aan een dergelijk rapport. Het voordeel van een rapport ten opzichte van wetgeving is dat dit relatief eenvoudig kan worden aangepast aan de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad en van het HvJ EU.

In de tweede plaats, en in het verlengde van de eerste aanbeveling, zou de wetgever kunnen nadenken over de invoering van wat ik ‘consumentenprocesrecht’ zou willen noemen. Volgens A-G Tanchev verplicht de Richtlijn lidstaten niet om een bepaald procesrechtelijk systeem te hanteren ten einde ambtshalve aan de Richtlijn te toetsen. Hoewel dat inderdaad niet blijkt uit (de considerans van) de Richtlijn, merkt Vandenbussche terecht op dat het Unierecht diverse bijzondere regels heeft geïntroduceerd op het gebied van het consumentenrecht.²⁹² Die regels wijken af van

²⁹² Vandenbussche 2023.

het reguliere appelprocesrecht. De verplichting tot het nemen van instructiemaatregelen is volgens Ras en Hammerstein een autonoom procedurevoorschrift.²⁹³

Het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heet 'Van rechtspleging van onderscheiden aard'. Daarin zijn speciale procedureregels opgenomen voor bepaalde rechtsgebieden. Denk aan zaken betreffende intellectuele eigendom en pacht in Titel 15 respectievelijk Titel 16. In een vervolgonderzoek zou kunnen worden geëxploreerd in hoeverre rechters behoefte hebben aan een speciale Titel over het consumentenprocesrecht.

²⁹³ Ras & Hammerstein 2017/56a.

6. Bronnenlijst

6.1. Rechtspraak

HvJ EG en HvJ EU

HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*).

HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441, AB 1996/92, m.nt. F.H. van der Burg (*Van Schijndel*).

HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*).

HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*).

HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37, m.nt. M.R. Mok (*Rampion*).

HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, NJ 2010/11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom*).

HvJ EU 17 december 2009, C-227/08 ECLI:EU:C:2009:792, NJ 2010/225, m.nt. M.R. Mok (*Martín Martín*).

HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi*).

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

HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637, RvdW 2013/1411 (*Duarte*).

HvJ EU 30 april 2014, C-280/13, ECLI:NL:C:2014:279 (*Barclays Bank SA*).

HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:685, AA 2016/602, m.nt. A.S. Hartkamp (*Tomášová*).

HvJ EU 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (*Gutiérrez Naranjo*).

HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (*Banco Primus*).

HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

HvJ EU 26 maart 2019, C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250 (*Abanca Corporación Bancaria en Bankia*).

HvJ EU 4 juni 2020, C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431 (*Kancelaria Medius*).

HvJ EU 9 juli 2020, C-698/18 en C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 (*Raiffeisen Bank en BRD Groupe Société Générale*).

HvJ EU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68.

HvJ EU 10 juni 2021, C-776/19 en C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (*BNP Paribas Personal Finance*).

HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397, RvdW 2022/1092 (*Unicaja Banco*).

HvJ EU 17 mei 2022, C-600/19, ECLI:EU:C:2022:394 (*MA/Ibercaja Banco*).

HvJ EU 17 mei 2022, C-693/19 ECLI:EU:C:2022:395 (*SPV Project 1503*).

HvJ EU 17 mei 2022, C-725/19, ECLI:EU:C:2022:396 (*Impuls Leasing România*).

Conclusies

Concl. A-G E. Tanchev 15 juli 2021, C-869/19, ECLI:EU:C:2021:617 (*Unicaja Banco*).

Hoge Raad

HR 17 december 1925, NJ 1926, p. 123.

HR 10 juni 1927, ECLI:NL:HR:1927:20, NJ 1927/1107.

HR 15 juni 1934, *NJ* 1934, m.nt. P. Scholten, p. 1297.

HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050, *NJ* 1993/714.

HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000, *NJ* 1996/395.

HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4007, *NJ* 2000/428, m.nt. H.J. Snijders (*Gouda/Lutz*).

HR 22 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9137, *NJ* 2001/66.

HR 11 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6015, *NJ* 2005/282, m.nt. H.J. Snijders (*Utimaco/D&R*).

HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *TvA* 2008/8, m.nt. H.A. Groen (*Meurs Newowij*).

HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7032, *NJB* 2008/70.

HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8340, *NJB* 2009/2153.

HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3559, *NJB* 2011/122.

HR 18 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7517, *NJB* 2011/463.

HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1474, *NJB* 2011/807.

HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7200, *NJB* 2011/2256.

HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7494, *NJ* 2013/24, m.nt. H.J. Snijders.

HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143.

HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3160, *NJ* 2012/582, m.nt. H.B. Krans (*Ydo/Baljeu*).

HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7339, *NJB* 2012/1043.

HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3129, *JIN* 2013/51, m.nt. P.C.M. Kemp.

HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:37, *NJB* 2013/1682.

HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:212, *NJ* 2014/89.

HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, *NJ* 2016/439, m.nt. H.B. Krans (*Beer-mann/Dexia*).

HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, *JBPr* 2016/8, m.nt. F.J.P. Lock.

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

HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1137, *NJB* 2017/1468.

HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1174, *NJB* 2018/1518.

HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2219, *JIN* 2019/20, m.nt. L. de Roode.

HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, *NJ* 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Arvato*).

HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319, *BNB* 2025/61, m.nt. A.L. Mertens.

HR 28 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:483, *JAR* 2025/125, m.nt. S. van Waegeningh.

HR 11 april 2025, ECLI:NL:HR:2025:543, *NLF* 2025/0802, m.nt. B. Didden.

HR 9 mei 2025, ECLI:NL:HR:2025:727, *NJB* 2025/988.

HR 23 mei 2025, ECLI:NL:HR:2025:820.

Conclusies

Concl. A-G M.H. Wissink 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2703, *JOR* 2016/116, m.nt. A.S. Hartkamp.

Concl. A-G R.H. de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, *JIN* 2021/65, m.nt. S.E. Poutsma.

Concl. plv. P-G M.H. Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, *JBPr* 2024/21, m.nt. B.F.L.M. Schim.

Concl. A-G P. Vlas 13 oktober 2023, ECLI:NL:PHR:2023:900.

Concl. A-G S.D. Lindenberg 20 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1394.

Concl. P-G B.J. Drijber 7 februari 2025, ECLI:NL:PHR:2025:166.

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5486 (*Ebecek/Trudo*).

6.2. Literatuur

Algra 1984

N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland?*, Groningen: Noordhoff 1984.

Asser 2015

W.D.H. Asser, 'Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter', in: W.D.H. Asser (red.) (reeks Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridisch 2015, p. 307-358.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Hartkamp 3-I 2023

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Asser/Valk 7-III 2024

W.L. Valk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2024.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2003.

Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht 2010

Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht (rapport van de LOVCK werkgroep ambtshalve toetsing), 2010.

Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht 2014

Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht (rapport van de LOVCK werkgroep ambtshalve toetsing), 2014.

Ambtshalve toetsing III 2018

Ambtshalve toetsing III (herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T), 2018.

Ancery 2012

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 14), Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Ancery 2013

A.G.F. Ancery, 'Ambtshalve toepassing van consumentbeschermend EU-recht, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013/12, p. 329-339.

Ancery 2014

A.G.F. Ancery, 'Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014/4, p. 103-107.

Ancery 2018

A.G.F. Ancery, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: ook financieel toezichtrecht?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2018/3, p. 94-99.

Ancery & Pavillon 2014

A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2014/7026, p. 647-655.

Ancery & Seinen 2015

A.G.F. Ancery & C. Seinen, 'Vorderingen in B2C-verstekken-toetsen of toewijzen?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2015/3, p. 77-88.

Ancery & Krans 2016

A.G.F. Ancery & B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *Ars Aequi* 2016/65, p. 825-830.

Barendrecht & Van Beukeuring-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridisch 2000.

Van den Brink 2004

A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht* (Onderneming en Recht, nr. 81-II) (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2004.

Van Boom 2014

W.H. van Boom, annotatie bij HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (Heesakkers/Voets), *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013/6.

Van Dijk & Van 't Ende 2022

S.A. van Dijk & M.G.J. van 't Ende, 'De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022/39, p. 106-119.

Drijber & Mak 2024

B.J. Drijber & V. Mak, *Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2024), Zutphen: Paris 2024.

Drion 2006

C.E. Drion, 'Europese integratie in het vermogensrecht', *Nederlands Juristenblad* 2006/22.

Van Duin 2019

J.M.L. van Duin, 'Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2019/5, p. 138-144.

Van Duin & Leone 2023

A. van Duin & C. Leone, 'Ambtshalve toetsing van consumentenrecht en instrumentalisering van burgerlijk procesrecht: reactie op Bert van Schaick', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2023/4, p. 126-130.

Van 't Ende 2023

M.G.J. van 't Ende, 'De toetsing van wijzigingsbedingen in de Nederlandse feitenrechtspraak. Een kwantitatieve empirische analyse', *RM Themis* 2023/3, afl. 184, p. 152-165.

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures*, Den Haag: Boom Juridisch 2004.

Groeneveld-Tijssens 2023

N. Groeneveld-Tijssens, 'Hervorming van het appelprocesrecht: een kwestie van experimenteren?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2023/3, p. 95-104.

Van Harten 2011

H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. Amsterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2011.

Hartkamp 2007

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

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010/33, afl. 4, p. 136-143.

Hartkamp 2016

A.S. Hartkamp, annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ebecek/Trudo*), *JOR* 2016/116.

Hartkamp 2017

A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractsbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', *Ars Aequi* 2017, p. 218-223.

Hesselink 2003

M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht', *Nederlands Juristenblad* 2003/40.

Van der Hoek 2016

F. van der Hoek, annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ebecek/Trudo*), *WR* 2016/58.

Den Hollander 2018

P.W. den Hollander, 'Ambtshalve toetsing en het "aureool" van de openbare orde bij overeenkomsten in strijd met een wettelijke norm', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2018/10, p. 311-316.

De Jager & Pavillon 2020

C. de Jager & C.M.D.S. Pavillon, 'Consumentenrecht: consumentenbescherming door informatie', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse encyclopedie empirical legal studies*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 293-330.

Jansen, Van de Moosdijk & Van Leuken 2018

C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht* (Onderneming en Recht, nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Jansen 2025

K.J.O. Jansen, 'Het spanningsveld tussen nationaal en Europees privaatrecht. Bespreking van de VBR-preadviezen 2024', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2025/9, p. 63-72.

Jongeneel 1991

R.H.C. Jongeneel, *De Wet Algemene voorwaarden en het AGB-gesetz* (diss. Vrij Universiteit), Deventer: Wolters Kluwer 1991.

Keus 2019

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Monografieën Burgerlijk Wetboek, nr. A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Knelpunten inzake ambtshalve toetsing 2020

Knelpunten inzake ambtshalve toetsing (rapport van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders), 2020.

Koerts, in: T&C Rv

P. Koerts, commentaar op art. 347 Rv, in: F.P.J. Lock & A.I.M. van Mierlo (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Krans 2004

H.B. Krans, 'Europa en ons contractenrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004/88.

Krans 2012

H.B. Krans, 'Europees recht en nationaal burgerlijk procesrecht: een onzichtbare pijler', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2012/3, p. 1139-1174.

Krans 2017

H.B. Krans, annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ebecek/Trudo*), *NJ* 2017/214.

Van Leuken 2017

R.W.E. van Leuken, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: stand van zaken en toekomstige ontwikkelingen', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht* (Onderneming en Recht, nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2011/1.

Lieverse 2022

L. Lieverse, *De gang op gestuurd. Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken tijdens vermogensrechtelijke procedures in Nederland* (diss. Utrecht), 2022.

Van der Linden 2008

J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Den Haag: OBT 2018.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 4) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2006.

Lock 2014a

F.J.P. Lock, 'Ambtshalve toetsing in hoger beroep: over de omvang van het hoger beroep en het door de grieven ontsloten gebied', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2014/2, p. 45-53.

Lock 2014b

F.J.P. Lock, annotatie bij HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*), *JBPr* 2014/2.

Lock 2016

F.J.P. Lock, annotatie bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, *JBPr* 2016/8.

Nieuwenhuis & Möhring 2016

M. Nieuwenhuijs & M.E.A. Möhring, 'Vindt de consumentenbescherming haar grens in het appelprocesrecht?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2016/3, p. 87-92.

Mak & Vranken 2025

V. Mak & C.M.D.S. Pavillon, 'Een Wereld van Verschil of overbrugbare verschillen in een wereld vol uitdagingen?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2025/11, afl. 3, p. 78-85.

MPI 2018

An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law. Strand 2: procedural protection of consumers, report prepared by a consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission, 2018.

Ortlep 2011

R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (Recht en Praktijk, nr. SB4) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2011.

Van Os & Smit 2016

R. van Os & M. Smit, *Civielrechtelijke appelrechtspraak. Een cijfermatige verkenning*, WODC, Cahier 2016/9.

Peters 2015

N. Peters, *IPR, proces & arbitrage. Over grondslagen en rechtspraktijk*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 2015.

Ras & Hammerstein 2017

H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 4), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Pavillon 2014a

C.M.D.S. Pavillon, 'Het Heesakkers/Voets-arrest en de twee stadia van de ambtshalve oneerlijkheidstoets', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2014/3, p. 81-89.

Pavillon 2014b

C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2014/4, p. 163-172.

Pavillon 2015

C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport *Ambtshalve toetsing II* kritisch getoetst', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken* 2015/3, p. 128-136.

Pavillon 2024a

C.M.D.S. Pavillon, annotatie bij HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1627, *NJ* 2024/94.

Pavillon 2024b

C.M.D.S. Pavillon, annotatie bij HvJ EU 14 september 2023, ECLI:EU:C:2023:664, *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2024/1, p. 41-43.

Pels Rijcken 1983

L.D. Pels Rijcken, 'Aanvullen van rechtsgronden in appel', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 1983, p. 163-179.

Verschoof & Van Rossum 2018

R.J. Verschoof & M. van Rossum, *Geschied of niet geschikt? Schikkingsgedrag van de civiele rechter en de invloed daarvan op partijen*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Vrendenburg 2018

C.J.S. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken. Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 19) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Rossum & Van der Minne 2017

M. van Rossum & E.D. van der Minne, 'De (on)mogelijkheid van ambtshalve toetsing van het Unierecht in hoger beroep', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017/3, p. 98-104.

Nowak e.a. 2011

T. Nowak e.a., *National judges as European Union judges. Knowledge, experience and attitudes of lower court judges in Germany and The Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing 2011.

Rutgers 2016

J.W. Rutgers, 'Europees privaatrecht', *Nederlands Juristenblad* 2016/15, p. 1054-1062.

Rutten 1945

L.E.H. Rutten, *De devolutieve werking van het appel in het burgerlijk procesrecht*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1945.

Van Schaick 2023

B. van Schaick, 'Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht. Over de inzet van burgerlijk procesrecht om buiten het burgerlijk procesrecht gelegen doelen te realiseren', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2023/3, p. 67-74.

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 91), Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Scholten 1949

P. Scholten, 'De structuur der rechtswetenschap', in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde geschriften*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1949, p. 432-470.

Smits 2004

J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004/87.

Snijders 2008

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2008/6761, p. 541-552.

Snijders & Wendels 2009

H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Stein 2016

D.F.H. Stein, annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*Ebecek/Trudo*), *JBPr* 2016/116.

Tjong Tjin Tai, in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

T.F.E. Tjong Tjin Tai, commentaar op artt. 23, 24 en 25 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Tjong Tjin Tai & Verbruggen 2022

E. Tjong Tjin Tai & P. Verbruggen, 'Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing', *Nederlands Juristenblad* 2022/1, p. 4-12.

Valk 2023

L. Valk, 'Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2023/3, p. 75-82.

Vandenbussche 2023

W. Vandenbussche, 'Zijn afwijkende procedureregels voor consumenten steeds nodig?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2023/32, afl. 8.

Vranken 2025

J.B.M. Vranken, *Wereld van verschil. Een vergelijking van Europees en Nederlands verbintenissenrecht* (Monografieën Privaatrecht, nr. 22), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

Van der Wiel 2014

B.T.M. van der Wiel, 'Toegang tot hoger beroep: de poort moet open blijven', in: A. Hol & J. Verburg (red.), *Innoverende hoven. Agenda voor de appelrechtspraak 2020*, Den Haag: Boom Juridisch 2014.

Van der Wiel 2021

B.T.M. van der Wiel, 'Maten van openbare orde', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021/10, p. 323-334.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2001.

Wissink 2017

M.H. Wissink, 'Inleiding', in: B. Wessels & H. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden. Recht en praktijk. Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1-36.

Wolters 2017

P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?', *RM Themis* 2017/178, p. 116-128.

7. Bijlagen

Bijlage 1. Interviewvragen

Feitelijk

1. Hoe lang werkt u in dit gerechtshof?
2. Wat heeft u hiervoor zoal gedaan?

Toetsingssystematiek in hoger beroep

3. Hoe analyseert u een appeldossier? Heeft u bijvoorbeeld een vaste werkwijze?
4. U ziet wellicht hoe collega-raadsheren dezelfde zaak verschillend analyseren. In hoeverre wijkt uw werkwijze daarvan af?

Toetsingssystematiek van recht van openbare orde

5. Komt het voor dat u recht van openbare orde ambtshalve toetst en, zo ja, hoe vaak? Maakt het daarbij uit of het een verstekzaak is?
6. In hoeverre verdelen raadsheren de taken ten aanzien van recht van openbare orde?
7. Wat vindt u prettiger om mee te werken: rechtsgronden in de grieven of ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden?
8. Vindt u dat u over voldoende middelen beschikt om recht van openbare orde ambtshalve te kunnen toetsen (e.g. tijd en kennis)? Worden hier bijvoorbeeld cursussen voor aangeboden en, zo ja, heeft u die wel eens gevolgd?

Toetsingssystematiek van consumentenbedingen

9. Hoeveel consumentenzaken doet u ongeveer per jaar als voorzitter en bijzitter?
10. In hoeverre verandert uw analyse van een appeldossier als u in aanraking komt met een consumentenzaak?

11. Hoe vaak wordt de oneerlijkheid van een consumentenbeding in de grieven aan de orde gesteld?

12. In het arrest *Ebecek/Trudo* heeft de Hoge Raad de rechterlijke toetsingsplicht samengevat als volgt geformuleerd: als de grieven falen, dan moet de rechter ambtshalve aan de Richtlijn oneerlijke bedingen toetsen, indien 1) de rechtbank recht van openbare orde ten onrechte niet of onjuist heeft toegepast, 2) dat recht buiten het door de grieven ontsloten gebied valt maar 3) binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

Bent u bekend met deze criteria?

Zo nee, bent u dan bekend met een vergelijkbare regel? Kunt u aangegeven op welk(e) vereiste(n) het in de praktijk stukloopt?

13. Volgens vaste rechtspraak kan de rechter een consument bij tussenarrest of op de mondelinge behandeling vragen of hij wil dat de rechter een consumentenbeding ambtshalve toetst. Heeft u dit wel eens meegemaakt?

Werkdruk

14. In het rapport *Ambtshalve toetsing III* uit 2018 wordt geconstateerd dat de werklast van rechters (mede) door het Unierecht sterk is toegenomen. Herkent u zich in deze constatering?

Bijlage 2. Raadsheer 1

V = Vraag van de interviewer

A = Antwoord van de geïnterviewde

V: Hoe lang ben je al werkzaam in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden?

A: Ik ben in juni 2018 overgestapt van de rechtbank naar het gerechtshof in Leeuwarden. De bezetting van raadsheren in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, is op dit moment twaalf à dertien. Daarvan werken er – meen ik – vier raadsheren full time, onder wie ik.

V: Wat heb je hiervoor gedaan?

A: In 1992 ben ik afgestudeerd. In de periode van 1992 tot begin 1996 heb ik gewerkt als advocaat, waarna ik vanaf april 1996 in opleiding ben geweest tot rechter (RAIO). Na een aansluitend auditeursjaar – zo werkte dat toen – heb ik vanaf 2000 voornamelijk kanton- en handelszaken gedaan bij de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle – hoewel ik als kanton- en handelsrechter ook regelmatig in Deventer en Lelystad zitting heb gedaan. Daarnaast was ik gedurende zeven jaar plaatsvervangend voorzitter van de accountantskamer, dat in 2009 begon. Verder heb ik ongeveer een half jaar in het strafrecht gezeten.

V: Wat is het verschil tussen handel en kanton?

A: Het verschil tussen handel en kanton is dat kantonzaken duidelijk zijn afgebakend in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. We praten dan over ‘aard-zaken’ (arbeid, huur, pensioen, pacht e.d.) en zaken over ‘kleine geldvorderingen’. Alle andere zaken, zijn handelszaken. Dat waren destijds over het algemeen grotere zaken, maar daarom nog niet per se moeilijkere. In de appelrechtspraak merk ik dat er niet zoveel verschil zit in het gewicht van de zaak of de tijd die je ermee bezig bent: sommige dikke dossiers zijn eenvoudig, andere dunne zaken weer woest ingewikkeld. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor tekortkomingen en ontbindingszaken. Het is handig als je je gaandeweg specialiseert in een bepaald rechtsgebied, bijvoorbeeld in het pensioen, pacht- of huurrecht. Consumentenzaken worden niet als zodanig beschouwd als specialisme. Als kantonrechter had ik een zekere voorliefde voor het procesrecht. Vanaf 2016 kwam ik terecht in de ‘groene hoek’, waarbij ik veel grondzaken deden (ruilverkaveling, onteigening, winterpenen, aardappels en zo voort). Dat vind ik nog steeds prachtig.

V: Stel: je weet dat je volgende week een grote zitting hebt en dat je die moet voorbereiden. Wat doe je dan ten aanzien van dat appeldossier?

A: Je schrikt en vraagt je af hoe de desbetreffende zaak in de tijd zit. Heb ik voldoende ruimte aan de voor- en achterkant? Soms lijkt een zaak indrukwekkend van omvang, maar dat zegt niet altijd alles – bijvoorbeeld als er legio jaarrekeningen zijn bijgevoegd als producties. Eerst kijk ik naar het onderwerp van de zaak. Dat kan bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid zijn. In de zaak die ik in dit kader voor ogen heb kwam ik er vrij snel achter dat het ging om ongeveer 800 afzonderlijke boekhoudkundige posten ten aanzien waarvan bestuurder onjuist zou hebben gehandeld. Dan weet je al dat je veel tijd kwijt bent aan zo'n dossier. Dan scan ik de geschilpunten in het vonnis in eerste aanleg. Daarna kijk ik vluchtig naar de grieven in hoger beroep en probeer ik te achterhalen of er bijzonderheden zijn, zoals een wijziging van eis. Daardoor ontstaat een eerste indruk van de zaak: dit is een grote zaak. Als ik dat weet, bedenk ik mij hoeveel tijd ik ongeveer kwijt zal zijn aan het dossier en waar schuw ik mijn collega-raadsheren in de meervoudige kamer. Als ik mij voorbereid, denk ik na over de vragen die ik op de zitting zal stellen en welke strategie ik wil hanteren. In de voorbereiding loop je vaak al tegen bepaalde juridische vraagpunten aan, die ik direct in kaart probeer te brengen. Dat vergemakkelijkt het verloop van de zitting en helpt bij de beraadslaging tijdens het raadkameren.

Ik steek met name veel energie in de voorbereiding van een zaak. Daardoor ben ik in staat om snel een concept-arrest te schrijven, meestal in de week na de zitting. Daarnaast heb ik de gewoonte om als voorzitter het concept-arrest al deels te schrijven vóór de mondelinge behandeling. Dat noem ik het 'hempje'. Dit doe ik met name op het moment dat er eiswijzigingen of gecompliceerde vorderingen zijn. In dat hempje staan dan al relevante feiten, de vorderingen en eventuele wijzigingen en soms ook de juridische maatstaf voor een geschilpunt.

Het valt op dat advocaten in hun memories vaak wel opmerken dat er sprake is van een eiswijziging, maar niet uitleggen hoe die wijziging zich verhoudt tot de eis in eerste aanleg. Een dergelijke service zou ik wel van advocaten verwachten, maar dat gebeurt lang niet altijd. Soms spreekt een advocaat bijvoorbeeld van een eisvermeerdering terwijl het een eisvermindering is. Als raadsheer moet je dus altijd zelf blijven nadenken. In het hemdje schrijf ik steekwoorden en rechtsregels uit, zodat je een duidelijk referentiekader hebt tijdens de zitting en het raadkameren.

V: Je ziet wellicht hoe collega-raadsheren dezelfde zaak verschillend analyseren. Is dat leerzaam?

A: Soms. Ik heb het denken in structuren van een collega-raadsheer sterk bewonderd. Van een andere raadsheer vind ik het knap hoe hij alles uit zijn hoofd kent, alsof hij een fotografisch geheugen heeft. Weer een andere raadsheer werkt met digitale dossiers, tabjes en handgeschreven aantekeningen. Die raadsheer gaat dan voortdurend

heen en weer tussen verschillende punten op verschillende plaatsen. Dat zijn drie verschillende routes die alle succesvol zijn. Uiteindelijk merk je gaandeweg wat het best bij jou past. Toen ik kantonrechter was, ontdekte ik dat het veel efficiënter was om te lezen bij het begin en meteen mee te schrijven. In de kantonpraktijk werd weinig ondersteuning aangeboden; je moest vrijwel alles zelf doen. Al schrijvende kom ik er achter in welke richting moet worden beslist.

V: Lukt je dat ook in hoger beroep?

A: Ik geef een voorbeeld. In een recente arbeidszaak stuitte ik op een loonsanctie, die door het UWV was opgelegd aan de werkgever. De wet zegt dat het opzegverbod tijdens ziekte in de verlengde loonbetalingstermijn wordt verlengd. Dat was de stelling van mevrouw. De kantonrechter had mevrouw desondanks ontslagen. Maar ik zag al snel in het dossier dat mevrouw aan het begin van het derde ziektejaar was hersteld. De loonsanctie en het verlengde opzegverbod gaan dan niet meer op. In haar beroepsschrift nam mevrouw vervolgens een stelling in waarvan ik dacht: 'nou, dat klopt juridisch niet'. Toen had ik nog bijna niets van het dossier gelezen, maar dat is de 'voorkennis' die je hebt. Daarna heb ik het verweerschrift in hoger beroep kort gelezen en dat bevestigde mijn gevoel. Je hoeft dan niet eens diep in de zaak te duiken. Zo snel gaat soms het checken van regels: het klopt of het klopt niet. Dat is echter niet altijd zo: soms moet je veel nazoeken.

V: In hoeverre speelt je rechtsgevoel daarbij een rol?

A: Er zijn kinderen die een soort ingebakken rechtsgevoel hebben. Dat komt al op de basisschool tot uitdrukking in ogenschijnlijk heel basale gevallen. Iemand pakt bijvoorbeeld één koekje meer dan hij mag hebben en dat vinden andere kinderen oneerlijk. Daar zit een soort eigenbelang in. Iedereen heeft een ingebakken rechtsgevoel, een intuïtie, dat bij de een sterker is ontwikkeld dan bij de ander. Dat hebben artsen, makelaars, accountants, maar ook juristen. Als raadsheer voel je soms aan: dit valt niet in het goede bakje of juist andersom. Dat gevoel is gebaseerd op jarenlange ervaring met dossiers en een rechtsgebied. Je maakt je een soort bandbreedte eigen waarbinnen je een zaak beoordeelt. Dat komt volgens mij voor in iedere beroepsgroep.

V: Komt het voor dat je recht van openbare orde ambtshalve toetst en, zo ja, hoe vaak?

A: Dat komt weinig voor. De Hoge Raad heeft ons een paar jaar geleden in een arrest geleerd dat er beperkt getoetst moet worden aan openbare orde. Rechters mogen

daar niet te activistisch in zijn. Het ambtshalve toepassen van nietigheden is daarvan een voorbeeld, maar zulks moet ik altijd even terugzoeken en opfrissen. Het is opvallend dat dit bij consumentenzaken andersom is. De meeste van die zaken spelen zich af onder de appelgrens. Ons gerechtshof komt dus niet zo vaak in aanraking met de toepassing van pure consumentenbescherming, zoals koop op afstand of colportage.

Ik denk dat het heel goed is geweest dat feitenrechters op een gegeven moment prejudiciële vragen aan de Hoge Raad mochten stellen (artikel 392 Rv). Volgens mij gebeurt dat best wel vaak de laatste jaren. Dat heeft de ontwikkeling van consumentenbescherming enorm gestimuleerd. Als die mogelijkheid er niet was geweest, zou de ontwikkeling in de handhaving en toepassing van consumentenregels veel langzamer zijn gegaan. Er zouden dan te weinig zaken door druppelen naar de gerechtshoven.

Vorig jaar was er een verstekzaak waarin ik signaleerde dat er mogelijk aspecten van consumentenbescherming aan de orde waren. Het ging over flitskrediet met heel nadelige algemene voorwaarden. Toen hebben wij de appellant, een Zweedse kredietverstrekker, over de band van artikel 21 Rv verzocht om aanvullende informatie te verstrekken. Die gaf de kredietverstrekker, maar er was nog steeds sprake van verstek. Op basis van de nieuw overgelegde informatie vonden wij het voldoende overtuigend dat er geen oneerlijk beding was. We hadden dus een instructiemaatregel genomen in de vorm van een tussenarrest inhoudende het verstrekken van nadere informatie en stukken.

Ik kan mij ook een zaak herinneren over de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Een consument zou een soort voorlichtingspakket kopen en degene die haar dat had aangesmeerd werd door de consument aangesproken. Maar de grondslag van die aansprakelijkheidsstelling was eigenlijk verkeerd. In zijn vonnis had de kantonrechter een heel ingewikkelde redenering opgevoerd, zonder aandacht te besteden aan consumentenbescherming. Ik dacht echter dat dit een oneerlijke handelspraktijk was, waarin wij het consumentenrecht ambtshalve moesten toepassen. Dat waren wij voornemens, maar een rechter mag geen verrassingsbeslissing nemen. Op de mondelinge behandeling hebben we dit uitdrukkelijk aan de orde gesteld, maar partijen hadden er geen werk van gemaakt, ook de aangesproken partij niet. Ze vroegen bijvoorbeeld niet om het nemen van een akte. Vervolgens wees de meervoudige kamer arrest. Later bleek dat een van de partijen cassatie had ingesteld met als grondslag: verrassingsbeslissing (schending hoor en wederhoor). Dat ging – uiteraard – onderuit omdat de toepassing van het consumentrecht voldoende duidelijk tijdens de mondelinge behandeling ter sprake is gekomen, de aangesproken partij toen daarover een standpunt had ingenomen en niet om een extra reactiemogelijkheid had gevraagd.

V: Hoeveel consumentenzaken doe je per jaar?

A: Ik ben mij daar niet heel bewust van, maar waarschijnlijk één. Ik meen wel dat ik vanuit mijn kantonpraktijk een zekere radar heb ontwikkeld voor rechtsgebieden met zwakkere partijen, zoals consumenten, werknemers, pensioengerechtigden, pachters en huurders.

V: Hoeveel bescherming genieten consumenten ten opzichte van andere zwakkere partijen? Wordt hij bijvoorbeeld méér beschermd dan een huurder?

A: Het onderliggende belang van een doorsneeconsument is meestal wat geringer dan die van andere partijen. De meeste mensen vinden het fijn om kleine prijsvoordelen te halen uit telefoonabonnementen. Wezenlijker wordt het echter wanneer je baan of je huis op het spel staat.

Ik zou in plaats van consumentenbescherming eerder spreken van normering van het gedrag van aanbieders van goederen en diensten. De Uniewetgever wil dat handelaren voldoende ethisch blijven handelen en geen misbruik maken van hun machtspositie. Er speelt een enorme machtdisbalans tussen bijvoorbeeld Coca-Cola en die ene consument die graag een colaatje wil kopen. Dat moet gereguleerd worden en daartegen moeten consumenten kunnen optreden. De neiging om vanuit het Unierecht consumentenbescherming te bieden, legt heel hoge lasten op aan aanbieders. Ik denk dat dat onder andere komt omdat er nog veel te winnen valt in sommige lidstaten van de Europese Unie. Daarbij denk ik met name aan landen in het Oostblok.

V: Brengt het Unieconsumentenrecht een bepaalde ideologie met zich?

A: Dat denk ik niet, alhoewel het vanuit een meta-economisch perspectief op lange termijn veel gunstiger is dat de Europese Unie door burgers wordt gezien als één grote markt. Door consumenten te beschermen houd je de economie op gang. Consumenten hebben vertrouwen en blijven consumeren, omdat zij weten dat hen geen poot wordt uitgedraaid door kwalitatief slechte producten aan te bieden of onredelijke voorwaarden te stellen. Daar zouden bedrijven uiteindelijk ook last van kunnen hebben.

V: Zijn raadsheren geschikt om dit Unierechtelijke doel te bereiken?

A: Wij zijn maar een heel klein radartje in een onmetelijk grote machine. Om die reden dragen wij in minimale mate bij aan het doel van consumentenbescherming. Er gaat evenwel een bepaalde hoeveelheid zeggingskracht vanuit als het gerechtshof

op individueel niveau een paar keer zegt: 'zo kan het niet'. Aanbieders zullen zich dan moeten aanpassen en zullen dat waarschijnlijk ook doen, al was het maar om de invloed van consumentenorganisaties en negatieve publiciteit. De reële bijdrage van gerechtshoven is dan relatief bescheiden, maar het uitstralend effect is groot.

V: Hoe verhoudt consumentenbescherming zich tot werkdruk?

A: We moeten van alles. Soms krijg ik het gevoel dat ik moet meeprocederen, terwijl ik eigenlijk al genoeg aan het hoofd heb. Ik kan echter niet zeggen dat ik op dit punt onder de werkdruk heb te lijden. Het liefst zou ik zaken zo snel mogelijk afdoen. Bij ambtshalve toetsing moeten wij, om verrassingsbeslissingen te voorkomen, tussenarresten wijzen of mondelinge behandelingen gelasten. Daardoor duurt de zaak langer. Ik doe de zaak dan niet eerder af om redenen van werkdruk.

V: Wat betekenen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep?

A: Wat ik doe, is dat ik het debat dat tussen partijen wordt gevoerd, beoordeel. Dat doe ik onderwerpsgewijs in beide memories. Als raadsheer beslis je over onderwerpen. Als een dergelijk onderwerp niet in eerste aanleg of in de memories aan de orde is gekomen, maar pas aan bod komt in een akte of tijdens de mondelinge behandeling, dan laten wij dat onderwerp voor wat het is. Het inbrengen van een dergelijk onderwerp is in strijd met de tweeconclusieregel. Het komt wel voor dat een onderwerp dusdanig in het verlengde van het debat ligt en met de strekking daarvan overeenkomt, dat het onderwerp alsnog wordt meegenomen. Of dat het geval is, is casuïstisch.

Aan de bovenzijde van een concept-arrest schrijf ik vaak op 'omvang van het hoger beroep'. Dat doe ik om de vraag te beantwoorden waar het geschil over gaat, maar ook om te verifiëren of onderwerpen die bij de rechtbank aan de orde komen en waarover is beslist, nog steeds spelen in hoger beroep.

V: Termen als grenzen van de rechtsstrijd lijken het appelprocesrecht ingewikkeld te maken. Hoe ervaar jij dat?

A: De waarde van het procesrecht wordt onderschat op universiteiten. Het is 'een' vak, en dat doe je dan. In de advocatuur en in het rechtsbedrijf is het (appel)procesrecht echter super belangrijk. Er kunnen veel fouten worden gemaakt, zoals het onterecht passeren van een bewijsaanbod, het miskennen van de devolutieve werking of het onterecht meeprocederen en het overtreden van de grenzen van de rechtsstrijd. [Toevallig kwam dit laatste voorbeeld tijdens het jurisprudentieoverleg eerder die dag aan bod.] Dat soort ongelukken overkomt ons allemaal en maakt het

procesrecht best wel interessant. Het kan zowel cruciaal zijn voor partijen als voor de rechter.

Bijlage 3. Raadsheer 2

V: Hoe lang werk je al in het gerechtshof Den Haag?

A: Ik werk hier sinds november 2013. Destijds ben ik aangenomen op de – toevallige – vacature ondernemingsrecht. Vrij snel daarna kwam ik naar dit team en op mijn oude stiel van het overheidsprivaatrecht terecht. Het team waar ik onderdeel van ben, houdt zich bezig met overheidsprivaatrecht, huur-, IE- en variazaken. Het andere team heeft betrekking op ondernemings-, arbeidsrecht- en variazaken. In elk team werken ongeveer twintig raadsheren.

V: Wat heb je hiervóór gedaan?

A: Ik ben van 1997 tot 2005 advocaat geweest bij Pels Rijcken. Op 1 januari 2006 ben ik begonnen als rechter in opleiding bij de rechtbank. Ik was daar tot 2013 handels- en kortgedingrechter. Toen ben ik begonnen bij dit gerechtshof. Verder heb ik in 2019, toen ik als buitenpromovendus werkzaam was, een proefschrift geschreven over het procesrecht.

V: Als je een appeldossier binnenkrijgt, hoe vlieg je deze aan?

A: Dat doet iedereen op een andere manier. Ik begin bijna altijd met het vonnis. Daarna kijk ik eerst hoe groot de memorie van grieven is en meestal lees ik deze vervolgens ook. Soms ga ik meteen door naar de memorie van antwoord en lees ik dus heel het hoger beroep. Wat ook wel voor komt, is dat ik door het lezen van de memorie van grieven eerst terugga naar de processtukken in eerste aanleg en het dossier vanaf het begin lees. Doordat ik als eerste de memorie van grieven bekijk, beantwoord ik de vraag of er in hoger beroep onderwerpen zijn weggevallen.

V: Verschilt de aanpak van een appeldossier al naar gelang het type zaak?

A: Vanochtend was ik raadsheer-commissaris tijdens de mondelinge behandeling van een kleine huurzaak. Bij die zaak pakte ik eerst de processtukken uit eerste aanleg erbij. Daar kun je snel doorheen lezen. Bij grote overheidszaken ligt dit anders.

V: Leer je iets van de manier waarop andere raadsheren een appeldossier lezen?

A: Niet op dit punt. We spreken er onderling niet vaak over hoe iemand een appeldossier voorbereidt. De andere stijlen van raadsheren komen met name tot uitdrukking op een meervoudige zitting.

V: Is er sprake van een taakverdeling in een meervoudige kamer?

A: Nee. Alle raadsheren lezen het hele dossier en praten ook met elkaar over heel het dossier. Bij heel grote zaken wordt het schrijfwerk soms wel verdeeld, maar dat is iets anders. In de regel schrijft de voorzitter het arrest, maar in een uitzonderlijke zaak als *Shell/ Milieudefensie* wordt die taak verdeeld.

V: Schrijf je wel eens concept-arresten vóór de zitting?

A: Dat doe ik wel gedeeltelijk. Ik neem de beslissing daar (nog) niet in op. Meestal probeer ik de feiten op papier te zetten, zodat er een weergave ontstaat van de rechtsstrijd in hoger beroep. Dat scherpt mijn geest.

V: Hoe wordt de rechtsstrijd in hoger beroep bepaald?

A: Die wordt bepaald door de grieven en wat de raadsheren daarbuiten ambtshalve moeten toetsen. Het recht van openbare orde moet ambtshalve worden toegepast en dat recht kan buiten de grieven liggen.

V: Maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Toch?

A: Ja. Als de procedure bij de rechtbank bestaat uit vorderingen a, b en c, terwijl vorderingen b en c in hoger beroep niet meer aan de orde zijn, dan ga ik die twee vorderingen ook niet meer ambtshalve beoordelen. Die vallen buiten de rechtsstrijd. Ter beoordeling van vordering a lees ik de grieven. Als het bijvoorbeeld gaat om een consumentenzaak, kijk ik daarnaast wat voor consumentenrecht ik ambtshalve moet toepassen.

V: Hoeveel zaken doe je ongeveer per jaar (als voorzitter of bijzitter)?

A: Er zijn ongeveer twee mondelinge behandelingen na memorie van antwoord twee per maand en daarnaast een aantal mondelinge behandelingen. Vorig jaar heb ik 23

arresten gewezen. In die zaken was ik voorzitter. Dit betekent dat ik dat jaar ongeveer bij 70 zaken betrokken ben geweest als voorzitter én bijzitter. Ik houd de aantallen niet bij.

V: In hoeveel van die zaken speelt recht van openbare orde een rol?

A: Dit komt heel weinig voor. Alleen in huurzaken hebben we veel te maken met algemene voorwaarden. Dat zijn de grootste consumentenzaken en huurzaken vormen de bulk van alle zaken.

V: Zijn huurders consumenten?

A: Volgens mij wel. Dan denk ik met name aan huurders van woonruimten.

V: Wat is recht van openbare orde?

A: Ja, vertel het maar. Het moet gaan om echt heel fundamentele rechtsbeginselen. Hoor en wederhoor is van openbare orde en dat beginsel past de rechter ook ambtshalve toe. De appellant hoeft in zijn memorie van grieven niet te vragen om hoor en wederhoor.

V: Wat vind je prettiger om mee te werken: rechtsgronden in de grieven of ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (artikel 25 Rv)?

A: Het is veel beter als een advocaat de rechtsgronden opnoemt. Op die manier wordt het beginsel van hoor en wederhoor in een vroeg stadium nageleefd. Als ik een rechtsgrond ambtshalve moet aanvullen, wordt daarna een rondje hoor en wederhoor georganiseerd. Dit is echter bijna nooit het geval. Je kunt dat afstemmen op de mondelinge behandeling. Vanochtend heb ik dit bijvoorbeeld gedaan bij de afstemmingsregel in hoger beroep. Die houdt in dat de kortgedingrechter zijn kortgedingvonnis afstemt op de bodemprocedure. Het is nuttig om dit op de mondelinge behandeling ter sprake te brengen, want dat stelt partijen in staat om hierop te reageren. Als raadsheer hoef je dat later in principe niet opnieuw ter sprake te brengen.

V: Stel dat je de afstemmingsregel vanochtend niet aan de orde had gesteld en deze regel wel ter onderbouwing van de beslissing in het arrest had gebruikt. Zou dit resulteren in een verrassingsbeslissing?

A: Ja. Ik zou partijen hier altijd over laten uitlaten. Als raadsheer kun je je immers vergissen. Door de afstemmingsregeling ter sprake te brengen voorkom je een mogelijke cassatieklacht. Waarom zou je dan niet een rondje aktewisseling houden, dat vaak niet meer dan twee weken duurt?

V: Is de afstemmingsregel van openbare orde?

A: Ik denk het wel. Het is een fundamentele regel over de verdeling tussen de kortegeding- en bodemrechter. Dat staat niet ter vrije beschikking van partijen.

V: Vind je dat je over voldoende middelen beschikt om recht van openbare orde ambtshalve te kunnen toetsen? Denk bijvoorbeeld aan tijd, kennis en cursussen.

A: Je weet niet wat je niet weet. Tijd heb ik volgens mij voldoende. Van het consumentenrecht weet ik wel iets, maar ik heb mij bijvoorbeeld minder verdiept in het mededingingsrecht. Als ik daar vragen over heb, stel ik deze aan collega's met kennis daaromtrent. Meestal wordt daar echter in de voorfase naar gekeken, dat wil zeggen bij de indeling van de meervoudige kamer. Bij binnenkomst van de zaak zijn de zaakskenmerken bekend. Op basis daarvan wordt de zaak aan deze of gene raadsheer toegedeeld door de roosteraar, die onze profielen kent. De zaakstoedeling moet weliswaar meer of minder willekeurig zijn, maar specifieke zaken mogen best worden uitgezet binnen een bepaalde groep raadsheren.

V: En hoe worden consumentenzaken toegedeeld?

A: Consumentenzaken zijn variazaken en die worden behandeld door alle raadsheren. Alleen voor huurzaken heeft ons gerechtshof een apart cluster aangemaakt. Dat is het geval omdat niet alle raadsheren in het team waar ik in zit huurzaken doen. Elke maand neemt het cluster de meest relevante jurisprudentie omtrent het huurrecht door.

V: Waarom is er een cluster voor huur en niet voor consumentenrecht?

A: Er zijn te weinig consumentenzaken in hoger beroep. Veel van de zaken die in eerste aanleg spelen bereiken de appelgrens niet. Een kleine sportabonnement- of

telefoonzaak zijn daarvan twee voorbeelden. Daarnaast komen huurders vaak op basis van een toevoeging in hoger beroep.

V: In huurzaken spelen veelal algemene voorwaarden tussen de huurder en de verhuurder. Dat lijken mij typische mogelijke oneerlijke bedingen.

A: Dat is zeker het geval. Het valt op dat verhuurders dergelijke bedingen razendsnel aanpassen. Vroeger konden contractuele boetes bijvoorbeeld eindeloos konden oplopen. Volgens mij bestaan dit soort boetes intussen niet meer.

V: Waarom is dat het geval?

A: Dat is waarschijnlijk het geval omdat verhuurders anders vrezen dat dergelijke bedingen helemaal worden weggeschreven. Het is alles of niets. Kantonrechters beginnen daar mee en de gerechtshoven bevestigen het.

V: Hoeveel consumentenzaken spelen er bij dit gerechtshof?

A: Dat weet ik echt niet.

V: Ben je bekend met de rapporten van het LOVCK(&T)?

A: Ik heb de rapporten van het LOVCK(&T) wel eens gelezen, maar als ik mij bijvoorbeeld moet verdiepen in de vraag of een partij consument is, duik ik liever in de jurisprudentie van het HvJ EU of in de literatuur. De jurisprudentie van het HvJ EU is weinig begrijpelijk. Het is heel moeilijk leesbaar. Dat zit hem met name in de formulering en opbouw van de arresten. Het is bijvoorbeeld lastig als het arrest naar eerdere jurisprudentie verwijst, dat je dan weer moet opzoeken. De conclusies van de A-G lees ik heel incidenteel. Ze zijn ontzettend lang en het is niet dat ik tijd over heb.

V: Zou je dan kunnen zeggen dat werkdruk invloed heeft op hoe uitgebreid je een zaak kunt behandelen?

A: Dat geldt voor mij niet zo. Het is een kwestie van op tijd beginnen. Ik kan alle zaken de aandacht geven die ik ze zou willen geven. Een conclusie van een A-G kun je bijvoorbeeld heel gericht lezen en dat bespaart tijd.

Ik kan mij goed voorstellen dat kantonrechters een toenemende werkdruk ervaren omdat zij heel veel verstekzaken ambtshalve moeten afdoen. Dat geldt voor

raadsheren in gerechtshoven niet. De meeste (verstek)zaken bereiken de appelgrens niet.

V: We spraken zojuist over de grenzen van de rechtsstrijd. Mijn indruk is dat die term in eerste aanleg en in hoger beroep twee verschillende betekenissen heeft. Kan dat kloppen?

A: Ik zou daar over moeten nadenken, want dat weet ik niet uit het hoofd. In hoger beroep bepalen partijen wat zij uit eerste aanleg aan de appelrechter voorleggen. Dat is het door de grieven gesloten gebied.

V: Is het door de grieven ontsloten gebied hetzelfde als de grenzen van de rechtsstrijd?

A: Nee. Het stukje openbare orde zou er in eerste aanleg ook bij moeten zitten.

V: [Illustreert het arrest *Ebecek/Trudo*.] Valt de oneerlijkheid van de boete buiten het door de grieven ontsloten gebied?

A: Dat valt er denk ik buiten op het moment dat de appellant alleen over de hoogte van de boete grieft. Dat is in dit geval niet zo interessant, omdat de appelrechter het beding toch moet toetsen omdat de vordering in de appeldagvaarding aan de orde is gesteld. Ik ken het arrest.

V: Het lijkt erop dat de grenzen van de rechtsstrijd dan snel worden getrokken.

A: Ja, dat is waar. Maar dan heb je het nadrukkelijk over de grenzen van de rechtsstrijd. Als er een zaak speelt waarin de appelrechter niet ambtshalve moet toetsen, dan beoordeelt hij alleen de grieven. Dit is het domein van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden. De enkele herhaling van een vordering uit eerste aanleg geldt niet als een voldoende duidelijke grief tegen een bepaalde beslissing van de rechtbank.

V: Het valt mij op dat de literatuur en de Hoge Raad termen als omvang van het appel en grenzen van de rechtsstrijd door elkaar heen gebruikt. Welke termen gebruik jij?

A: Dat weet ik niet zo goed. Ik ken de term omvang van het appel niet. Wel maak ik gebruik van de term grenzen van de rechtsstrijd. Ik denk dat ik dat doe als er op het pleidooi nog iets nieuws komt dat buiten de grieven valt.

V: Komt het wel eens voor dat je een instructiemaatregel treft en partijen in de gelegenheid stelt om aanvullende feiten te presenteren?

A: Dat doe ik soms. Dat doe je dan bijvoorbeeld tijdens een mondelinge behandeling op een zitting als die van vanochtend, die ging over de afstemmingsregel. Zonder mondelinge behandeling tref ik meestal geen instructiemaatregelen. Wel laat ik partijen soms een akte van uitlating nemen.

De regel is dat een partij alle stukken waarop hij zich beroept ter onderbouwing van zijn grief zelf moet overleggen. Wij geven geen bewijsopdracht voor iets wat zich met schriftelijke stukken laat onderbouwen.

Bijlage 4. Raadsheer 3

V: Hoe lang werk je al in dit gerechtshof?

A: Vanaf april 2007 werk ik bij de sector Handel, dus achttien jaar.

V: Wat heb je daarvoor zoal gedaan?

A: Hiervóór ben ik vijf jaar werkzaam geweest in de rechtbank Zwolle-Lelystad. Ik was voornamelijk in Zwolle en ik deed kortgedingen in Lelystad. Ik ben begonnen als advocaat bij een advocatenkantoor in Kampen. Dat heb ik tot 2002, dus dertien jaar, gedaan. Bij dat advocatenkantoor heb ik onder andere straf, familie- en vermogensrechtzaken behandeld. Deze praktijk heb ik uitgebreid naar een MKB-praktijk met veel zaken die gerelateerd waren aan het arbeids- en vermogensrecht. In die periode schreef ik frequent algemene voorwaarden voor ondernemers. Tegelijkertijd was ik twee dagen in de week werkzaam als letselschadeadvocaat.

V: Heb je ook geprocedeerd over algemene voorwaarden?

A: Minder. Het zal wel aan de orde zijn geweest, maar ik kan het mij niet goed herinneren.

V: Speelden oneerlijke bedingen in die tijd (vóór 2002) al een rol?

A: De Richtlijn bestond destijds al. Bij het opstellen van algemene voorwaarden hield ik hier bij sommige cliënten – degenen die zaken deden met consumenten - rekening mee. Dat doe je door de Richtlijn erbij te houden en te beoordelen wat mogelijk een oneerlijk beding is. Ik keek vooral naar de algemene voorwaarden die de onderneming al had en wat er op grond van de Richtlijn wel of niet door de beugel kon. Daarbij besteedde ik ook aandacht aan de grijze en zwarte lijst.

Het onderwerp oneerlijke bedingen stond al enkele jaren in de schijnwerpers. Het proefschrift van Jongeneel over algemene voorwaarden, *De Wet Algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, was in 1991 uitgebracht. Ik kende hem uit mijn studententijd.

V: Wat deed je besluiten om van de advocatuur naar de rechterlijke macht toe te gaan?

A: Werkdruk. Ik was vijf dagen per week (ook 's avonds) en een deel van de zaterdag werkzaam en ik kreeg de indruk dat ik ten onderging aan mijn eigen succes. Het werd te veel. Het advocatenkantoor werd beïnvloed door een soort vliegwieleffect, waarbij omringende ondernemers andere ondernemers ons kantoor aanprezen. Op een zeker moment besloot ik dus om over te stappen naar de rechterlijke macht, waarvoor ik al was benaderd.

V: Welke zaken deed je zoal bij de rechtbank Zwolle-Lelystad?

A: Ik hield mij bezig met handelszaken en dat was redelijk breed. Ik werd veelal ingezet voor aansprakelijkheidsrecht- en letselschadezaken. Kanton- en verstekzaken deed ik niet. Burengeschillen kwamen ook weinig voor.

V: Spelen algemene voorwaarden een rol in het aansprakelijkheids- en letselschade-recht?

A: Bij letselschadezaken niet, want de aansprakelijkheid voor schade mag niet worden uitgesloten. Verzekeraars houden daar ook rekening mee. Dit geldt ook voor medische zaken.

V: Hoe analyseer je een appeldossier?

A: Toen ik in 2007 als raadsheer begon, was het vrij ambachtelijk. Digitale dossiers waren (nog) niet voorhanden. Ik las het appeldossier van begin tot eind. Ik begon bij de inleidende dagvaarding. De memorie van grieven legde ik vervolgens naast het vonnis en ik schreef per grief op, op welk onderdeel van het vonnis deze betrekking had. Als de grieven niet slaagden, was het klaar; als ze wel slaagden, dan beoordeelde ik op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking welke stellingen en weren nog besproken moesten worden.

Tegenwoordig doe ik het anders. Ik scan de inleidende dagvaarding en dan ga ik door naar het vonnis. Daarna bekijk ik de memorie van grieven en onderzoek ik de geschilpunten die in hoger beroep voorliggen. Deze drietrap is de eerste slag. Vervolgens lees ik de inleidende dagvaarding en conclusie van antwoord beter, net als het vonnis en beide memories. Ik wil zeker weten dat bepaalde onderdelen op grond van de negatieve zijde van de devolutieve werking bindende eindbeslissingen zijn.

V: Wanneer is er sprake van een bindende eindbeslissing?

A: Als er geen grief is gericht tegen een beslissing in eerste aanleg, staat deze vast.

V: Wat voor soort zaken doe je in appel?

A: Ik wordt vooral ingezet op letselschadezaken, aansprakelijkheidsrecht en geschillen over de AVG. Ik doe ook veel dingen niet: aanbestedings- of bouwzaken, arbeids- en burendrecht of verdelingszaken.

V: In hoeveel van deze zaken komen consumenten voor?

A: In niet heel erg veel. Dit zullen met name huurzaken zijn, die ik frequent doe. In bijna alle gevallen zijn huurders consumenten. Af en toe spelen consumenten een rol in een auto- en bouwzaken: consument tegen auto- of bouwbedrijf. Vanochtend heb ik meegelezen in een autozaak, waarin inderdaad een consument partij is.

V: Lees je een dossier anders als je weet dat er een consument in voor komt?

A: Dan weet je dat je te maken hebt met Europees dwingend recht van openbare orde.

V: Gaat er dan een lampje branden?

A: Ja, onmiddellijk. Ik weet dat je moet oppassen voor consumentenrecht, bijvoorbeeld als je het vonnis van de rechtbank leest. Dat doe ik met een 'juridisch cleane blik'.

V: Je ziet wellicht hoe collega-raadsheren dezelfde zaak verschillend analyseren. In hoeverre wijkt jouw werkwijze daarvan af?

A: Ik heb het idee dat mijn appelanalyse wel een beetje overeenkomt met dat van anderen. Op de zitting merk je dat raadsheren de stukken hebben gelezen. Vroeger was er een raadsheer die de volgende strategie hanteerde. Hij las het vonnis en de memorie van grieven en vormde zich een oordeel over de vraag of de grieven zouden slagen. Als dat laatste niet het geval was, dan lag hij de processtukken uit eerste aanleg niet. Dat heb ik nooit zo gedurfd.

V: Helemaal sluitend zal de benadering van die raadsheer niet zijn geweest.

A: Als je ambtshalve naar het vonnis moet kijken, dan niet inderdaad.

V: Hoe vaak komt het voor dat je een appeldossier leest en recht van openbare orde opmerkt?

A: Het gaat om een paar procent van de zaken. Ik denk dat dat vroeger vaker voor kwam dan heden. Mijn indruk is dat advocaten meer gespitst zijn op de Richtlijn en hun argumenten daaromtrent ook zelf aanvoeren. Op die manier kom je niet buiten het door de grieven ontsloten gebied, hoewel je daarbinnen wel ambtshalve rechtsgronden moet aanvullen en de grieven moet 'finetunen'. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zojuist genoemde autozaak, waarin de advocaat van de consument een beroep doet op de Richtlijn.

V: Hoe zou het kunnen komen dat advocaten recht van openbare orde steeds vaker opnemen in de grieven?

A: Ik stel mij zo voor dat er bij advocaten ook verbeteringen in kennis is opgetreden, bijvoorbeeld door cursussen. Het Advocatenblad publiceert er geregeld over. Mogelijk leren ervaren advocaten in het consumentenrecht van eerdere zaken, zowel geschillen die zij als advocaat zelf hebben behandeld als zaken uit de jurisprudentie. 'Al doende leert men.'

V: Wat is het onderscheid tussen aanvullen en toepassen van rechtsgronden? Mag de appelrechter recht van openbare orde altijd toepassen?

A: De appelrechter zal moeten beoordelen wat er gevorderd is en dus welke vorderingen in hoger beroep (nog) ter discussie staan. Ik vind de grenzen van de rechtsstrijd in dat kader een lastige term. Als ik een (concept-)arrest schrijf, vraag ik mij in meer algemene bewoordingen af waar het in hoger beroep (nog) om gaat, om welke vorderingen. Zo zou ik de grenzen van de rechtsstrijd willen omschrijven. Ik denk dat ik dit wel in die bewoordingen omschrijf op het moment dat ik recht van openbare orde ga toepassen.

V: Hoe pak je dat aan?

A: Als er een mondelinge behandeling is gelast, dan bespreek ik het recht van openbare orde ter plaatse met partijen. Het geschilpunt moet expliciet zijn besproken en

dit moet ook uit het proces-verbaal blijken. Anders loop je het risico dat de Hoge Raad een cassatieklacht over onbegrijpelijkheid toewijst. Wat ook kan, is dat je in het arrest aangeeft dat het recht van openbare orde expliciet is besproken op de mondelinge behandeling. Het lijkt mij echter beter om dit voor de zekerheid vast te leggen in een proces-verbaal.

V: Hoe gaat dat als er sprake is van een kastzaak (een louter op schrift gevoerde zaak)?

A: Ik kan mij één zaak herinneren waarin het gerechtshof aan partijen vroeg om zich over het desbetreffende recht van openbare orde uit te laten door een akte te nemen. Op die manier voorkom je een verrassingsbeslissing.

V: Worden er cursussen aangeboden voor ambtshalve toetsing?

A: Er zijn heel geregeld cursussen over algemene voorwaarden en specifieke algemene voorwaarden voor consumenten. Deze cursussen heb ik wel gevolgd. Het is een lastig gebied en dat geldt voor alle gebieden waarop het Europese recht interfereert in het nationale recht. Dat resulteert altijd in fricties.

V: Waaruit blijken die fricties?

A: Bijvoorbeeld op het punt dat je vaststelt dat een beding in strijd is met het Europees consumentenrecht en de vraag rijst welk rechtsgevolg daaraan moet worden verbonden. Is dat nietigheid? vernietigbaarheid? is er conversie mogelijk? Dat soort vragen. Het Europees recht moet in een mal worden gegoten die past binnen het Nederlands recht. Het is net een wat ander denkkader. Dat merk ik met name bij de eerder genoemde AVG. Dit is een ontzettend lastige verordening, want het begrip apparaat en de denkwijze is net wat anders dan in ons eigen recht – alsof je een vierkantje in een driehoekje probeert te drukken.

V: Lees je wel eens arresten of prejudiciële beslissingen van het HvJ EU?

A: Ja, maar die zijn lastig leesbaar. Dat zit hem bijvoorbeeld in de omvang, in het aantal overwegingen. Bij een arrest van de Hoge Raad kun je de feiten veelal eerst scannen en vervolgens nagaan of er duidelijke rechtsregels zijn. Soms zijn ook deze arresten ingewikkeld. Op vrijdag kijk ik op Rechtspraak.nl welke arresten de Hoge Raad heeft gepubliceerd. Vier arresten van de Hoge Raad (niet zijnde 81-RO-zaken)

heb ik in een half uurtje bestudeerd, maar vier arresten van het HvJ EU zou ik niet binnen dat tijdsbestek kunnen lezen.

V: En de conclusies van A-G's bij de HvJ EU of de Hoge Raad, lees je die wel eens?

A: Niet de conclusies bij het HvJ EU; wel die bij de Hoge Raad, ook al vóórdat het arrest is gewezen. Dit doe ik met name in aansprakelijkheidsrechtzaken. Daarbij stuit ik vaak op conclusies van dezelfde A-G's.

V: Hoe verhoudt de werkdruk op het gerechtshof zich tot die uit jouw advocatenperiode?

A: In zijn algemeenheid kan ik zeggen dat ik niet heb overgewerkt sinds ik van de advocatuur ben overgestapt op de rechterlijke macht. Het voordeel is dat je met één 'baas' te maken hebt, terwijl je als advocaat tientallen opdrachtgevers hebt. Als je snel kan schrijven, beslissen en denken, hoef je geen burn out te krijgen van je werk.

V: In het rapport *Ambtshalve toetsing III* uit 2018 wordt opgemerkt dat de werkdruk door Unierechtspraak zou zijn toegenomen. Herken je dat?

A: Dat geloof ik meteen. Met name bij kantonrechters is er sprake van bulkwerk. Als je wel een bulk krijgt, maar dat niet als bulk kan verwerken, dan neemt de werkdruk toe. Dit speelt niet op het gerechtshof. Wel merk ik op dat een zaak er soms ingewikkelder door wordt.

V: Hoe zou het komen dat de werkdruk in hoger beroep lager is?

A: Er zijn verhoudingsgewijs veel minder verstekzaken in hoger beroep. Alvorens een consument in hoger beroep gaat, zal hij een weloverwogen beslissing moeten nemen. Hij zal dan ook gemotiveerd zijn om de procedure te vervolgen. Als een verkoper in hoger beroep gaat, zal de consument waarschijnlijk al verweer hebben gevoerd in eerste aanleg en ligt het voor de hand dat hij dat in hoger beroep ook zal doen. Als er desondanks een verstekzaak in hoger beroep dient en de grieven van de verkoper slagen, moet de appelrechter op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking beoordelen wat er in eerste instantie is aangevoerd. Verder werpt de appelgrens ook een obstakel op voor menig consumentenzaak.

Bijlage 5. Raadsheer 4

V: Hoeveel consumentenzaken doe je?

A: Ik denk hooguit een paar per jaar. Het merendeel van de consumentenzaken die in ons gerechtshof spelen kunnen volgens mij worden aangeduid als algemene of varia-zaken. Dat zijn de zaken die iedereen doet en niet worden geclusterd. Consumentengeschillen die aan bod komen, gaan bijvoorbeeld over koop, reiskosten en -verzekeringen of andere 'beding-vraagstukken'. Ik heb een wat atypische, bijzondere positie, omdat ik als teamvoorzitter voor een deel ben vrijgesteld van het rechterswerk. Dat maakt mij minder representatief. Wel heb ik een achtergrond in het Europees recht. Als er consumentenzaken spelen, is mijn inslag van het appeldossier een Europeesrechtelijke. Het kan dan voorkomen dat ik op de zittingscombinatie wordt gezet, maar niet zonder meer.

V: Dus als de Richtlijn oneerlijke bedingen een rol speelt en er relevante Unierechtspraak is, is dat een zaak die voor jou is weggelegd?

A: Ja, als een zaak sterk Europeesrechtelijk is, dan wordt daar bij de zaakstoedeling zo mogelijk wel op gelet. Soms spat het van het dossier af, soms is het onderwerp van geschil nog onduidelijk. In het laatste geval is het aan de zittingscombinatie om te bepalen of er consumentenrecht speelt.

Ons gerechtshof heeft best wel een actieve praktijk in de mondelinge behandelingen na aanbrengen. Ongeveer de helft van alle beroepen wordt geselecteerd voor een dergelijke behandeling. Op dat moment zijn er nog geen schriftelijke stukken overgelegd. In ongeveer de helft van deze zaken treffen partijen een minnelijke regeling. Dat betekent dat ongeveer een kwart van het totaal aantal zaken uitstroomt door schikkingen. De overige zaken worden verdeeld in drie categorieën: turbo spoedappelen en kortgedingen, zittingszaken (dat is een grote brok) en kastzaken. Kastzaken worden helemaal schriftelijk afgedaan.

Het percentage zittingen dat ik doe is vanuit mijn functie als teamvoorzitter relatief laag. Ik kies er daarom voor om wat minder mondelinge behandelingen na aanbrengen voor te zitten en wat meer zittingen na het wisselen van stukken in hoger beroep.

V: Zijn consumenten sneller geneigd om te schikken in de mondelinge behandeling na aanbrengen dan andere partijen?

A: Nee, dat denk ik niet. Er zijn ook wel zakelijke partijen bereid om te schikken. Een deel van de mondelinge behandelingen in het huurdomein wordt wel geschikt. Maar

beschouw je een huurder als een consument? Ik heb begrepen dat in die zaken best wel vaak iets wordt geregeld in de vorm van onderlinge afspraken tussen de huurder, verhuurder en een eventuele woningcoöperatie om het geschil te beëindigen. Maar zelf doe ik geen huurzaken, dus al te veel, los van deze algemene observatie, kan ik er niet over zeggen.

V: Hoe analyseer je een appeldossier?

A: Dat hangt af van het type zaak. Er zijn verschillende routes denkbaar. Vaak scan ik eerst de grieven of het vonnis in eerste aanleg. Daarna kijk ik wat het door de grieven ontsloten gebied is. Bij cursussen krijgen wij aangeleerd om de grieven onbekrompen en met welwillendheid te lezen, zodat we goed proberen te begrijpen wat er tussen partijen steekt. Wat is de graad in de keel van deze partij? Waarom komt hij op tegen de beslissing? Dat kunnen verschillende omstandigheden zijn. Soms voelt een partij zich onvoldoende gehoord of ziet zij haar standpunten niet voldoende terugkomen in het vonnis.

In hoger beroep komt het een paar keer per jaar voor dat partijen verder procederen zonder nieuwe stukken. Dat wordt een 'second opinion'-procedure genoemd. Partijen krijgen dan een tweede beoordeling op basis van de stukken in eerste aanleg (naast de appeldagvaarding). Dat leidt tot een rechtsuitleg door drie raadsheren.

V: Dat klinkt als een zuivere benadering van de herkansingsfunctie van hoger beroep.

A: Ja. Ik vind het domein van ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen interessant en mijn Europeesrechtelijke hart gaat er ook sneller van kloppen. Ik benader die zaken altijd teleologisch, dus doelgericht. Ik vraag mij wel eens af (en dat speelt met name in andere gerechten) of in bepaalde opzichten de Hoge Raad of bijvoorbeeld de rechtbank Amsterdam soms niet roomser is dan de paus. Het valt mij op dat ambtshalve toetsing aan het Unierecht in de rechtspraak een probleem lijkt van vooral een paar EU-lidstaten. In andere lidstaten van de Europese Unie komt het kennelijk nauwelijks voor of wordt het anders opgelost en sommige lidstaten stellen ook weinig prejudiciële vragen aan het HvJ EU hierover. Soms lijkt de benadering te zijn dat alles ambtshalve moet worden getoetst, maar ik denk dat je een *common sense*-benadering nodig hebt. Ook een geschil dat gaat over consumentenbedingen blijft een civiel geschil. Daar hoort niet zozeer een lijdelijke rechter bij, maar de rechter moet wel een redelijke uitkomst bewerkstelligen en mag actief doorvragen. Maar waar zit de redelijke uitkomst?

Als er een mondelinge behandeling is, probeer ik de ambtshalve toetsing een beetje te ontwijken. Het liefst stel ik aan de hand van feitelijke vragen in het bijzijn van partijen onderwerpen aan de kaak, die haakjes geven voor de beoordeling.

V: Dat voorkomt dat je een verrassingsbeslissing neemt, nietwaar?

A: Zeker. Tegelijkertijd komt ambtshalve toetsing ook om de hoek kijken bij verstekzaken.

V: Hoeveel verstekzaken zijn er ongeveer?

A: Ik heb geen direct zicht op de jaarcijfers en ken ze evenmin uit het hoofd. Een deel van de zaken stroomt in als verstekzaak maar wordt terloops gezuiverd. Dan belandt de zaak weer in een andere stroom.

In het kader van je onderzoek is het volgende probleem bij ambtshalve toetsing wellicht nog interessant. Stel dat de rechter in eerste aanleg te gretig is geweest met ambtshalve toetsing. Hij is verder gegaan dan noodzakelijk. Als een handelaar daar in hoger beroep tegen opkomt, en de andere partij laat verstek gaan, dan kan het zo zijn dat de consument in eerste aanleg gelijk heeft gekregen en in hoger beroep ongelijk krijgt. Het gevolg daarvan is dat de consument een enorme proceskostenveroordeling voor zijn kiezen krijgt. Daar zit iets wrangs in. Dat is toch wel een buikpijnsituatie.

V: In 2014 heeft Lock een artikel geschreven over de grenzen van de rechtsstrijd, de omvang van het appel en het door de grieven ontsloten gebied. Wat voor termen gebruik jij in de dagelijkse praktijk?

A: Wat de grenzen van de rechtsstrijd betekenen, hangt af van de feitelijke omstandigheden van de zaak en hoe partijen die omstandigheden naar voren brengen. Het heeft een hybride lading: wanneer zijn normen van Unierecht van openbare orde en dringen deze door tot een zaak? Ik ben zoals gezegd voor mijn eigen geweten geneigd om mogelijk recht van openbare orde met partijen te bespreken op een mondelinge behandeling. Maar in verstekzaken gaat dat niet. In die zaken moet je de positie van de consument met een zekere welwillendheid lezen, maar niet te veel. Het is een glijdende schaal.

Ik ken het arrest *Ebecek/Trudo* uit 2016. Het onderscheid tussen het door de grieven ontsloten gebied en de grenzen van de rechtsstrijd is Nederlandsrechtelijk gedacht. Er zijn ook tendensen vanuit Unierecht die daar doorheen zouden kunnen breken. Daaruit zou je kunnen opmaken dat de Unierechter heel ruimhartig is. Dat staat op een zekere manier ook in de Europeesrechtelijke traditie. De Preadviezen van Drijber en Mak van de Vereniging voor Burgerlijk Recht zijn in dit kader interessant om te lezen voor de bredere context.

Ik ben het civiele recht ingegaan via de weg van het rechterschap. Daarvóór was ik hoofdzakelijk Europeesrechtelijk georiënteerd. Voor mij was (en is) de scheiding tussen civiel-, straf- en bestuursrecht onwennig, want zo denkt een jurist met

een achtergrond in het Unierecht niet. Ik ben in die zin wat atypisch. Ook bij ambtshalve toetsing inzake bestuur- en migratierecht merk ik dat het HvJ EU een generale bril op zet en vooral algemeen denkt, met dwarsverbanden via algemene leerstukken die op vroeg of laat op alle gebieden van het recht voorkomen. Ik ben geneigd om op dezelfde manier te denken. Als je dus net als de Hoge Raad spreekt over termen als grenzen van de rechtsstrijd, omvang van het appel en het door de grieven ontsloten gebied, denk ik dat het Unierecht daar in bepaalde gevallen dwars doorheen kan snijden. Dat is ook een manier om de prejudiciële beslissing *Unicaja Banco* te benaderen. Hoewel de consument geen hoger beroep heeft ingesteld, is de benadering van het HvJ EU heel teleologisch. Het wil de consument uit welwillendheid, vanuit het idee van consumentenbescherming, beschermen. Op die manier trekt het HvJ EU een oneerlijk beding mogelijk wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd, ook als dat strikt genomen niet het geval is.

V: Schrijf je ook wel eens concept-arresten met het oog op een prejudiciële vraag aan het HvJ EU?

A: Dat heb ik in de eerste lijn wel eens gedaan, maar die zaak werd uiteindelijk door partijen geregeld en daarmee viel de bodem weg onder de prejudiciële vragen. Verder ben ik van de school dat rechters vooral zelf rechtsbescherming moeten bieden.

Binnen de rechtspraak zijn onder meer twee expertgroepen actief met ambtshalve toetsing: de expertgroep Consumenten en Verstekken en de expertgroep Europees recht civiel en. Beide expertgroepen zijn op het niveau van de rechtbanken en de gerechtshoven (LOVCK en LOVCH). In de expertgroep Europeesrecht civiel, die is opgericht in 2007 en die ik mag voorzitten, zitten mensen die nationale vragen vanuit een Europeesrechtelijke blik beantwoorden. Zij kijken naar het grotere plaatje. Vraagstukken rond ambtshalve toetsing spelen met name in de expertgroep Consumenten en Verstekken, die daar ook, met andere meedenkers, drie rapporten over heeft uitgebracht. Daarmee wordt geprobeerd dit domein hanteerbaar te houden voor de rechter. Als je met mensen van het HvJ EU spreekt, valt het op dat zij het fascinerend vinden dat er in Nederland wordt gewerkt met een stappenplan.

Vandaag vindt toevallig een online-jurisprudentieoverleg plaats in de expertgroep Europeesrecht civiel.

Ik ben inhoudelijk bekend met de drie rapporten van het LOVCK(&T) uit 2010, 2014 en 2018. Die heb ik ook gelezen, hoewel mijn kennis daarvan al gedeeltelijk is weggezakt. Je moet iedere zaak eigenlijk weer afzetten tegen de stand van het recht op het bepaalde moment.

V: Hebben gerechtshoven de behoefte aan een dergelijk rapport?

A: Het voorziet niet enorm in een behoefte, denk ik. Je kunt wel wat handreikingen meegeven, maar uiteindelijk werken raadsheren gewoon met het geldende recht.

V: Hoe verhoudt dat zich tot de omvang van Unierechtspraak?

A: Het zou het op zich niet makkelijker maken als alle arresten en prejudiciële beslissingen op een rijtje worden gezet. Met een paar handreikingen of vuistregels komt een raadsheer misschien wel verder. Een raadsheer moet zowel feitelijke als juridische nuances beoordelen. Anders dan de kantonrechters, voelen de gerechtshoven zich niet gebonden aan deze rapporten.

V: Het lijkt erop dat kantonrechters juist baat hebben bij deze rapporten.

A: Ja. Die zullen daar misschien om vragen. Je moet ook praktisch denken en je de vraag stellen: wie doen die ambtshalve toetsing? Dat zijn heel vaak ook gedeeltelijk griffiemedewerkers. Daar speelt een financieringsvraagstuk: hoeveel verdient een gerecht aan een verstekzaak? De zorg die in de eerstelijsrechtspraak in de ambtshalve toetsing zit, is kostbaar: hoe houd je het recht hanteerbaar? Uit de literatuur blijkt dat de toetsing van bepaalde bedingen in andere landen wordt uitbesteed aan consumententoezichthouders of -autoriteiten. De Autoriteit Consument & Markt in Nederland heeft die handschoen nog niet opgepakt.

Ik denk de gerechtshoven goed letten op de rechtspraak van het HvJ EU en de Hoge Raad, maar vooral die van de Hoge Raad. Ik ervaar in de regel niet zozeer dat bepaalde rechtbanken een heel uitgesproken lijn hebben getrokken op het terrein van ambtshalve toetsing.

V: Aan het begin zei je dat Nederland misschien roomser dan de paus is. Zou men daaruit moeten afleiden dat ook gerechtshoven de consument relatief veel beschermen?

A: Nee, dat denk ik niet. Ik heb niet het idee dat onze gerechtshoven veel te ver gaan.

V: Zouden gerechtshoven verder moeten gaan?

A: Het valt mij in onze gangen op hoe er relatief weinig over ambtshalve toetsing in relatie tot consumentenbedingen wordt gesproken. Het is niet een veelvoorkomend onderwerp van gesprek. Je kunt je dan de vraag stellen hoe dat komt.

V: Hoe zou dat komen?

A: Een deel van de consumentengeschillen lossen zich op via andere wegen. Deze zaken presenteren zich in beperktere mate in hoger beroep.

V: Bijvoorbeeld bij de appelgrens?

A: Telefoon- en sportschoolabonnementzaken bereiken de drempel inderdaad niet. Misschien speelt de reisafstand tussen consumenten en gerechtshoven ook een rol. Er zijn maar vier gerechtshoven (op vijf locaties), terwijl er elf rechtbanken met verschillende locaties zijn. Hetzelfde geldt misschien voor de hoogte van het griffierecht in hoger beroep.

Bijlage 6. Raadsheer 5

V: Hoe lang werk je al het gerechtshof Den Haag?

A: Ik ben sinds 2005 werkzaam als raadsheer. Dat deed ik tot 2013 bij het gerechtshof Den Bosch en sindsdien bij het gerechtshof Den Haag. Daarvóór ben ik gepromoveerd en was ik advocaat.

V: Welke zaken behandel je zoal?

A: In mijn praktijk doe ik vooral huurzaken. Dat zijn zaken waar in essentie weinig uitzonderlijke aspecten bij betrokken zijn, zoals recht van openbare orde. De meeste huurzaken gaan over tekortschietende huurders die hun huur niet tijdig betalen of het gehuurde niet als een goed huurder onderhouden. Dit zijn zaken die naar hun aard en strekking het karakter hebben van rechttoe rechtaan.

V: Ik kan mij voorstellen dat de algemene voorwaarden een rol spelen in huurovereenkomsten. Is dat het geval?

A: Partijen voeren zelden discussie over de algemene voorwaarden, met uitzondering van het boetebeding of bedingen die huurprijsverhogingen mogelijk maken. Voor zover er discussie bestaat over de algemene voorwaarden, is dat geschil vaak al beslist bij de kantonrechter. In hoger beroep komen partijen niet of nauwelijks op tegen die beslissing. De Hoge Raad heeft intussen een prejudiciële beslissing genomen over huurprijsverhoging. Als de kantonrechter die beslissing in zijn vonnis in acht neemt, is daar in hoger beroep geen discussie over mogelijk.

Het is belangrijk om zorgvuldig om te gaan met de ambtshalve vernietiging van een vermoedelijk oneerlijk beding. Als een verhuurder te veel huur van diens huurder vordert, zal de huurder zich daar op de een of andere manier tegen moeten verzetten, wil ik als raadsheer toekomen aan ambtshalve toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen.

V: Hoe analyseer je een appeldossier? Gebruik je daar een vaste werkwijze voor?

A: Bij een appeldossier begin ik mijn analyse bij het vonnis. Als ik dat heb gelezen of heb gescand ga ik door naar de memorie van grieven. Dat doe ik om de omvang van het appel in kaart te brengen en de vraag te beantwoorden waar het geschil over gaat.

V: Hoe wordt de omvang van het appel bepaald?

A: De omvang van het appel wordt bepaald door het door de grieven ontsloten gebied. Het is de bedoeling van een grief om een beslissing van de rechter in eerste aanleg te vernietigen. De grenzen van de rechtsstrijd kunnen ruimer dan dit gebied zijn. Meestal zijn deze ook ruimer, omdat de appeldagvaarding strekt tot vernietiging van heel het vonnis en niet één of enkele beslissingen die ten nadele van de appellant zijn genomen. Dit ligt mogelijk anders als de gedaagde een eis in reconventie heeft ingesteld en de gedaagde zich daartegen verweert. Doordat de Hoge Raad in *Ebecsek/Trudo* heeft bepaald dat de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep worden bepaald door de appelpetita, zijn deze grenzen heel ruim.

V: Zijn deze grenzen te ruim?

A: Dat denk ik niet. De grenzen zijn ruim, maar een raadsheer probeert recht te doen aan de vordering van de appellant. Dit speelt des te meer bij de bescherming van zwakkere partijen, zoals consumenten. Je moet partijen altijd de gelegenheid geven om zich over een geschilpunt uit te kunnen laten. Op die manier voorkomt de rechter dat hij een verrassingsbeslissing neemt.

V: Komt het voor dat je recht van openbare orde ambtshalve toetst en, zo ja, hoe vaak? Maakt het daarbij uit of het een verstekzaak is?

A: Bij mij komt het relatief weinig voor dat ik recht van openbare orde moet toetsen. Ik probeer oneerlijke bedingen, zo die er zijn, wel te beoordelen. Zoals ik zojuist heb opgemerkt, komen die bedingen niet heel vaak voor in huurzaken. Het gaat om een paar procent van het totaal aantal zaken.

V: Wat vind je prettiger om mee te werken: rechtsgronden in de grieven of ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (artikel 25 Rv)?

A: Ik heb liever dat partijen de rechtsgronden zelf opnemen. Meestal zijn de feiten in het dossier geënt op een bepaalde rechtsgrond. Ik ben wat terughoudend bij het aanvullen van rechtsgronden zonder dat partijen de relevante feiten zelf hebben aangevoerd. Als ik de indruk heb dat ik een rechtsgrond moet aanvullen, probeer ik dit op te lossen door een mondelinge behandeling te gelasten. Bij die behandeling probeer ik vragen over de feiten te stellen. Het is ook in het belang van partijen om de feiten zelf aan te vullen. Wat ik ook wel doe, is dat ik een partij een akte van uitlating laat nemen. Dit is met name belangrijk als er een groot tijdsverloop zit tussen het

laatst ingebrachte processtuk en de dag waarop uitspraak moet worden gedaan. In die tussentijd kan er van alles gebeurd zijn.

V: Vind je dat je over voldoende middelen beschikt om recht van openbare orde ambtshalve te kunnen toetsen? Denk bijvoorbeeld aan tijd, kennis en cursussen.

A: Raadsheren hebben toegang tot digitale bronnen. Een voorbeeld van een dergelijke bron is de 'Mijn kennis omgeving' op het intranet van Rechtspraak. Daarop is ongeveer alle relevante informatie ter beschikking gesteld. Het verwijst naar alle bronnen die er zijn.

V: In hoeverre beïnvloedt dit de werkdruk?

A: De werkdruk wordt met name bepaald door de lengte van processtukken van partijen en omvang van de geschilpunten tussen partijen. Gerechtshoven hebben een rem willen zetten op het aantal bladzijden van processtukken. Dat is intussen vastgelegd in het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (par. 2.13.1). Net als raadsheren kunnen ook advocaten steeds makkelijker juridische bronnen vinden. Het valt mij op dat de arresten van de Hoge Raad tegenwoordig langer zijn dan vroeger, toen deze in de regel veel korter waren en daarmee soms duidelijker.

V: Is het wenselijk dat het recht verder wordt verfijnd?

A: Rechtsverfijning is wenselijk als je wil dat het recht wordt toesneden op een individuele casus. Ik vind het langzamerhand echter wel ingewikkeld worden, misschien zelfs te ingewikkeld. Om een geschil goed te kunnen beslechten, moeten raadsheren zich ongeveer overal in verdiepen en alles opzoeken. Dat doe ik zelf ook alvorens het arrest wordt gewezen. Ik probeer eigenlijk alles wat ik heb opgeschreven te verifiëren aan de hand van bronnen. Daarbij werp ik meestal een blik op de serie *Tekst & Commentaar* of de jurisprudentie.

V: Volgens vaste rechtspraak kan de rechter een consument bij tussenarrest of op de mondelinge behandeling vragen of hij wil dat de rechter een consumentenbeding ambtshalve toetst bij gebreke van een daarop gerichte grief. Heb je dit wel eens meegemaakt?

A: Ja, dit is wel eens gebeurd. Als er sprake is van een mondelinge behandeling, stel je als raadsheer continu feitelijke vragen aan partijen. Die vragen laten zich in

principe ook lezen als instructiemaatregelen. Het komt zelden voor dat ik partijen bij wijze van instructiemaatregel een akte van uitlating laat nemen. Als deze situatie zich al voordoet, gebeurt dat meestal bij zaken die geen mondelinge behandeling hebben gehad. Daar komt bij dat collega-raadsheren liever direct een eindarrest wijzen. Dit wordt gestimuleerd door het bestuur van de sector Handel, want het levert geld op. Achter het wijzen van een eindarrest ligt dus een financieel motief.

Vroeger lag dit anders. Toen werden er juist punten toegekend voor het wijzen van tussenarresten. Dat was een verkeerde tendens, want toen werden er onnodige tussenarresten gewezen. Om het tij te keren, stimuleert het bestuur ons om geschillen zo snel mogelijk af te werken. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat ons gerechtshof achterstanden kent, die moeten worden weggewerkt. Het wegwerken van die zaken mag evenwel niet doorslaan in het niet willen horen van getuigen of deskundigen. Waar deze grens ligt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Bijlage 7. Raadsheer 6 en 7

V: Hoe lang werken jullie in het gerechtshof en wat deden jullie daarvoor?

A1: Sinds mei 2024. Hiervóór was ik vijf jaar lang kantonrechter bij de rechtbank Noord-Holland en daarvoor vijf jaar handelsrechter, bij dezelfde rechtbank. Ik ben begonnen in de rechtspraak als secretaris-griffier. Via een IDR-traject ben ik rechter geworden en als onderdeel daarvan moest ik één jaar de advocatuur in. Het laatste was een soort buitenstage.

A2: Sinds januari 2023. Ik heb ongeveer vijftien jaar bij de rechtbank Amsterdam gezeten, waaronder negen als kantonrechter. Daarvoor was ik ook advocaat.

V: Hoe analyseren jullie een appeldossier?

A1: Ik begin meestal met het lezen van het vonnis van de rechtbank. Daarna lees ik de grieven, memorie van antwoord en eventueel de memorie van grieven in incidenteel appel en de memorie van antwoord in incidenteel appel. Dan ga ik terug naar de dagvaarding in eerste aanleg. Ik begin in het midden van een dossier en vanuit daar ga ik naar het eind, en dan helemaal terug naar het begin.

A2: Ik volg de gedachtegang van A1. Soms begin ik echter bij de dagvaarding in eerste aanleg. Ik kan niet precies zeggen wanneer ik dat doe: het lijkt een kwestie van gevoel te zijn.

A1: Dat heb ik toevallig vandaag gedaan in een consumentenzaak. Dat werkt op dát moment fijner. Ik moest vanaf het begin weten hoe het zat, want anders begreep ik het niet.

A2: Als ik een zaak voorzit en er zijn bijvoorbeeld meer vonnissen in eerste aanleg, ben ik eerder geneigd om de inleidende dagvaarding eerst te lezen. Ik analyseer een appeldossier langs de grieven.

A1: Ook kijken we steeds meer naar de vraag of een vordering toewijsbaar is.

A2: Ja, maar omdat ik best wel lang in de eerstelijsrechtspraak heb gewerkt, ben ik meer geneigd om te kijken naar de vraag wat er tussen partijen in geschil is. Dan beantwoord ik vragen als 'Waar gaat het eigenlijk over?' en 'Wat moet er nog worden beslist?'. Ik denk dat raadsheren die geen of minder ervaring in de eerstelijsrechtspraak hebben, minder snel geneigd zijn om die vragen te stellen. Ik houd niet zo van het woord 'grief', want dan wordt je in de structuur van de advocaten gedrongen. Ik

wil bij het begin beginnen. Als je lang in de feitenrechtspraak hebt gewerkt, zie je sneller welke feiten er in hoger beroep nog toe doen en die vink je vervolgens af. Het liefst laat ik alle grieven los, hoewel ik weet wat er in staat.

Wij hebben niet zozeer een vaste werkwijze maar een werkwijze die regelmatig terugkeert. We proberen de kern van het geschil eruit te halen.

A2: Ik vind het fijn om een beeld te krijgen van de vragen die spelen. Ik wil als het ware boven de zaak vliegen. Als er voldoende tijd is en ik heb alles gelezen, wil ik het dossier graag herlezen en in een groter geheel plaatsen. Dat maakt je scherper en voorkomt dat je details als hoofdzaken behandelt of omgekeerd. Hoe meer je leest, hoe beter je het kan doorgronden. Maar daar is niet altijd tijd voor.

A1: Het liefst maak ik samenvattingen aan de hand van een voorbereidingsformulier. De dossiers zijn vaak heel dik. Ik vink de grieven puntsgewijs af. Dat is niet alleen goed voor de voorbereiding op de terechtzitting, maar het helpt ook als je als bijzitter moet meelesen bij het arrest. Samenvattingen doen de stof bovendien beter beklijven. In een ideale wereld zouden raadsheren meer tijd hebben. Daar hangt mijn werkwijze vanaf.

V: Is werkdruk een probleem?

A1: Dat wisselt. Ik zit in het AOF-team (aansprakelijkheid, ondernemingsrecht en financiën). Sinds twee jaar wordt er gewerkt met een andere manier van inroosteren. Raadsheren worden iets minder vaak ingeroosterd en hebben daarom iets meer tijd en minder werkdruk. Ik kan de werkdruk over het algemeen prima aan. Als je elke week zittingen hebt, bereid je je daar elke week op voor. Dat maakt het heel moeilijk om daarnaast te schrijven. In dit gerechtshof schrijven raadsheren de arresten. Daar kom ik soms mee in de knel. Het voorbereiden gaat altijd voor; het schrijven komt op een later plan.

A2: Ik zit in twee andere subteams: bouw en vastgoed, en consument en werk (dat, anders dan de naam doet vermoeden, niet zozeer gaat over consumentenrecht). Daarin wordt de werkwijze van het AOF-team niet toegepast. Ik vind de werkdruk hoog en ik ben reeds veel gewend als kantonrechter, toen ik bijna elke dag zitting had. Ik kan de werkdruk goed inschatten. De werkdruk in het gerechtshof Amsterdam ligt hoger dan in andere gerechtshoven en men is druk doende dat gelijk te trekken. Soms vraag ik mij wel af waarom de werkdruk is zoals hij is. Het dwingt soms om keuzes te maken tot hoever ik kan gaan.

A1: Als ik in de subteams van A2 zou zitten, zou ik daar denk ik redelijk gek van worden. Het is zoveel.

A2: In een ideale wereld schrijf ik het arrest direct na afloop van de zitting. Op dit moment is er een groepje in ons gerechtshof – ‘Snel schrijven’ of ‘Schrijven uit zitting’ genaamd – dat deze mogelijkheid inventariseert. Daar ben ik ook onderdeel van.

Veel raadsheren in ons gerechtshof hebben intussen een achtergrond in de eerstelijnsrechtspraak, die veelvuldig consumentenzaken hebben gedaan. Het gerechtshof kent intussen een apart en centraal ‘consumententeam’ ambtshalve toetsing. In het gerechtshof druppelen consumentenzaken binnen. De meeste geschillen halen de appelgrens van € 1.750 niet.

V: Als er honderd consumentenzaken bij de kantonrechter zijn, hoeveel komen er dan bij het gerechtshof?

A1&2: Een paar procent. Kantonnen bestaan uit talrijke kamers die hierop zijn ingericht: telefonie-, sportschool-, Bol.com-, Zalando-zaken, en zo voort.

A1: Toen ik als kantonrechter werkte, was er gevoelsmatig geen doorkomen aan die zaken. Het was vrij deprimerend. Vroeger waren verstekzaken eenvoudig. Die werden gewoon afgestempeld en toegewezen als gevorderd. Dat er intussen steeds meer ambtshalve getoetst moet worden, vergt veel meer denk- en schrijfcapaciteit. In plaats anderhalf kantje, tellen verstekvonnissen inmiddels drie of vier kantjes.

V: Zijn jullie bekend met de rapporten over ambtshalve toetsing van het LOVCK en LOVCK&T?

A1: Ja. Ik heb deze rapporten ook gebruikt als kantonrechter.

A2: Ja, zeker. In het zojuist genoemde consumentenclubje zitten wij eindeloos te studeren op die rapporten, waarvan de laatste uit 2018 is. Er is een serieuze kennisgroep van gemaakt en ik betwijfel of andere gerechtshoven een dergelijke groep hebben. Dit gerechtshof organiseert aparte zittingen voor consumentenzaken en daar wordt eens in de zes weken overleg over gevoerd. Het ‘groepje’ doet vrijwel al die zaken.

A1: Het groepje bestaat uit ongeveer acht mensen en er werken in totaal veertig raadsheren in het gerechtshof Amsterdam.

A2: Het groepje is voor ‘erbij’, naast het gewone werk door de drie eerder genoemde subteams. Het is zagezegd ‘subteam-overschrijdend’.

V: Hoe toetsen jullie consumentenbedingen?

A2: Raadsheren toetsen consumentenbedingen aan de hand van alle criteria van het HvJ EU en de Hoge Raad. We proberen ons een weg door het woud heen te banen door veel te studeren en cursussen te volgen. Die cursussen heeft het gerechtshof zelf georganiseerd, waaronder een meerdaagse cursus van professor Pavillon.

Het HvJ EU beschermt de consument veel, terwijl de Hoge Raad wat praktischer is en net iets minder ver gaat.

A1: Het HvJ EU is soms heel specifiek. Daardoor rijst de vraag soms of wij een prejudiciële vraag aan het HvJ EU zouden moeten stellen.

A2: De uitspraken van het HvJ EU zijn vooral heel lastig om te lezen. Als je er veel van hebt gelezen, merk je dat het HvJ EU de vragen van de verwijzende (nationale) rechter herstructureert. Er schijnen weinig civilisten in het HvJ EU gezeteld te zijn. Je merkt dat dat herstructureren soms niet past binnen het Nederlandse civiele recht; alsof je een vierkantje door een driehoek probeert te duwen. Dat is heel lastig. Bij het lezen van een dergelijke uitspraak blijft de onduidelijkheid hangen: je weet het soms nog steeds niet. Het HvJ EU herkauwt heel veel maar verwijst soms onregelmatig naar verschillende mijlpaalarresten. Soms krijg ik de indruk dat het HvJ EU een doelredenering opvoert.

A1: Uiteindelijk weten wij, raadsheren, niet of het HvJ EU daadwerkelijk op die manier redeneert. We snappen soms niet zo goed wat ze aan het doen zijn of wat ze willen; of ze het Unierecht bijvoorbeeld objectief uitleggen of vooral proberen de verwijzende (nationale) rechter tevreden te stellen. Dat is onduidelijk. Met de rechtspraak van het HvJ EU en de Hoge Raad, alsook onze eigen kennis, proberen wij in consumentenzaken een concreet antwoord te vinden.

A2: De kantonrechters in Amsterdam zitten op één lijn met het HvJ EU. Zij nemen de uitspraken van het HvJ EU heel letterlijk. Dit gerechtshof doet dat waarschijnlijk net iets minder en interpreteert zijn woorden meer extensief. De Hoge Raad lijkt wat praktischer te zijn. Dit komt met name tot uitdrukking in zijn rechtspraak over huurprijswijzigingsbedingen of het arrest *Arvato* uit 2021.

Soms lijkt de Hoge Raad overigens iets meer naar een doel te redeneren. Dat is voor ons wel prettig, want praktisch.

Het komt best vaak voor dat wij de neiging hebben om in een consumentenzaak prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Als je de Unierechtspraak leest, poppen er steeds vragen op. Er zijn al vaak concept-arresten geschreven ter voorbereiding van een prejudiciële vraag. Tot dusverre zijn er niet daadwerkelijk prejudiciële vragen gesteld.

Als oud-kantonrechter merk ik dat ik consumentenbescherming erg belangrijk vind. Je ziet dat de realiteit omwille van die bescherming verandert. Bestelknoppen worden bijvoorbeeld aangepast en algemene voorwaarden gewijzigd.

V: Merk je dat je als rechter van nature meer compassie hebt voor de consument, los van het recht?

A2: Dat kan ik niet zeggen. Wij willen wel consumentvriendelijk zijn en doen wat het HvJ EU bedoelt. Ik denk dat er een boel goede dingen uit het Unierecht zijn voortgekomen, maar het moet niet te gek worden; bijvoorbeeld door steeds een prejudiciële vraag te willen stellen. Heel soms moet je je de vraag stellen 'Waar hebben we het nog over?' Het HvJ EU lijkt ideologisch te werk te gaan, maar feitenrechters zitten vervolgens met de gebakken peren en vragen zich af hoe zij die ideologie moeten toepassen.

A1: Soms vragen wij ons wel af of de Uniewetgever heeft nagedacht over de verstrekende consequenties van de regels zoals ze er zijn. Er zijn collega's die op bezoek zijn geweest in buitenland, zoals Frankrijk, en bij ommekomst vaststellen dat Nederland welhaast is doorgeschoten in de mate waarin ambtshalve wordt getoetst. We weten echter niet precies hoe Europese landen daarin van elkaar verschillen.

A2: Uiteindelijk moet een consument wel betalen als een handelaar hem een dienst of product levert. Je kunt je afvragen of die opvoeding van de handelaren over de band van de rechtspraak zou moeten lopen.

V: Is de Hoge Raad dan minder streng dan het HvJ EU?

A1: Dat idee bekruipt mij wel. De Hoge Raad is meer praktisch, maar waarom dat zo is weten wij niet precies. Ik vermoed wel dat de Hoge Raad op de hoogte is van het feit dat kantonrechters worden bedolven onder dossiers. Ons gerechtshof probeert af en toe knopen door te hakken in het kader van rechtseenheid- en ontwikkeling, zodat kantonrechters door kunnen gaan met zaken. De manier waarop het op dit ogenblik gaat in de kantonrechtspraak, kan praktisch gezien echt niet. Het is veel te veel. Er is onvoldoende mankracht beschikbaar.

V: Dreigen de gerechtshoven ook onder dossiers bedolven te worden?

A1: Nee, dat denk ik niet. De appelgrens is te hoog.

A2: Sportschool- en telefoonabonnement-zaken komen nauwelijks voor in hoger beroep, want de vorderingen zijn minder waard dan € 1.750. Wat wel in hoger beroep voor komt, zijn advocatendeclaraties, reisovereenkomsten, aannemers, architecten, overeenkomsten van opdracht en kinderopvangzaken (met name het herroepingsrecht). Bij die laatste zaken merk je dat de rechterlijke toetsingsplicht helemaal niet is geschreven voor dat soort kleine ondernemers. Daar probeer ik als raadsheer wel rekening mee te houden.

Wat het HvJ EU nooit doet, is context schetsen. Vóór dit gesprek las ik het arrest *BNP Paribas*. Daarin gaat het over Frans recht. Frankrijk kent de regel dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. In Nederland moet een dergelijk beding eerst worden vernietigd. Een dergelijk onderscheid maakt dat een arrest als *BNP Paribas* in Nederland heel anders kan uitpakken. Dat is het geval met alle arresten van het HvJ EU. De Hoge Raad zou dat nooit doen: hij schetst context en er is een conclusie van de A-G. Dat is veel prettiger.

V: De arresten van het HvJ EU zijn ook voorzien van conclusies.

A2: Ja, maar die vind ik minder leesbaar. Ik zit er ook niet vaak in te grasduinen.

A1: Ik ook niet.

V: Zijn jullie bekend met de criteria uit *Ebecek/Trudo*?

A2: De rechtsregel uit dat arrest, uit 2016, is best wel weer oud.

A1: Raadsheren moeten toetsen als het gaat over oneerlijke bedingen en informatieplichten, ook al wordt daar niets tegen aangevoerd in de grieven.

A2: Wij hebben erg gestudeerd op de noot van Charlotte Pavillon bij het recente arrest *Tuk Tuk Travel* van het HvJ EU uit 2023. Dit is een heel belangrijk arrest. Daarin worden de kaders van de rechterlijke toetsingsplicht duidelijk uiteengezet.

V: Weten jullie wat er wordt bedoeld met de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep?

A1: Ik denk niet dat ik weet wat je daarmee bedoelt. Bedoel je het door de grieven ontsloten gebied? Als er iets in de algemene voorwaarden staat dat totaal niet met de vordering te maken heeft, zullen wij dat niet toetsen. Wij willen ook niet alles toetsen, want er is al genoeg te toetsen.

V: Jullie komen beiden uit de eerstelijnsrechtspraak. Hebben de grenzen van de rechtsstrijd in eerste aanleg een andere betekenis dan in hoger beroep?

A1: Ik ben niet zo heel erg van deze theorie. Wij kijken naar de grieven en beoordelen de vordering. Wat staat er bijvoorbeeld in de overeenkomst over de grondslag van de vordering? Zijn er algemene voorwaarden van toepassing op de vordering? Binnen die kaders proberen wij te toetsen.

A2: Kantonrechters moeten binnen de feiten in het appeldossier blijven.

V: Hebben jullie wel eens instructiemaatregelen getroffen om oneerlijke bedingen ambtshalve te kunnen toetsen?

A1: In eerste aanleg in ieder geval wel.

A2: Ook in hoger beroep zijn er zaken waarbij wij vermoeden dat er sprake is van een oneerlijk beding. Dan vragen we aan partijen of zij zich daarover willen uitlaten. Ze nemen alsdan een akte van uitlating. Ik weet niet zeker of er ook een mondelinge behandeling wordt gelast. Het zijn bijna altijd verstekzaken. In grote zaken die op tegenspraak worden gevoerd komt het wel voor dat een oneerlijk beding een deeltje is in een grotere procedure. Als partijen dan toch al op zitting verschijnen, is dat een goede gelegenheid. Het percentage verstekzaken is erg laag.

A1: In hoger beroep komt ambtshalve toetsing aan de orde in verstekzaken. De kans dat daarvoor een mondelinge behandeling wordt gelast, is klein.

A2: De instructiemaatregelen die het Unierecht in de vorm van een stappenplan voorschrijft, gebruik ik niet vaak.

A1: We vragen ons wel af, als er onvoldoende informatie op tafel ligt, hoever we moeten gaan om extra informatie te verkrijgen. Dat weten we soms niet.

V: Weten jullie of er verschillen zijn tussen de instructiemaatregelen die de Hoge Raad en het HvJ EU voorschrijven?

A2: Dat durf ik niet te zeggen. We volgen onze eigen stappen, niet die van het HvJ EU. In een heleboel uitspraken staat dat de rechter instructiemaatregelen kán nemen, maar technisch gezien komt het weinig voor.

A1: Ik heb ook geen idee. Procespartijen worden zich steeds meer bewust van het feit dat ze informatie moeten aanleveren en sorteren daarop voor. Zij zijn al in eerste

aanleg op hun vingers getikt en proberen dat vervolgens in hoger beroep te herstellen.

A2: Dat laatste gaat vaak nog niet goed en dan laten wij partijen een akte van uitlating nemen. De instructiemaatregelen schuren aan tegen de keuze van de consument. Wil hij al die verstrekkende gevolgen wel? Dat soort zaken komen nauwelijks voor, want in verstek komt de consument niet opdagen. Het is veeleer theorie.

V: Vinden jullie dat de rechterlijke toetsingsplicht zich uitstrekt over twee feitelijke instanties? Is dat wat het doeltreffendheidsbeginsel vereist?

A2: Ja. Het zou niet alleen op gespannen voet staan met de gedachtegang van de Uniewetgever als dat niet het geval zou zijn, maar ook met de herkansingsfunctie van hoger beroep.

A1: Ja. Het zou lastig zijn als alleen de kantonrechter ambtshalve moet toetsen. Er moet een herkansingsmogelijkheid zijn. Als raadsheren weten wij wel wat de procespartijen zouden moeten aanvoeren, maar zelf weten zij dat vaak niet.

A2: De rechterlijke toetsingsplicht is super ingewikkeld. Wij zitten soms ook met onze handen in het haar en zelfs advocaten begrijpen het soms niet. Het laatste blijkt bijvoorbeeld uit zaken betreffende advocatendeclaraties.

V: Hoeveel consumentenzaken doen jullie ongeveer per jaar (als voorzitter of bijzitter)?

A1: Een stuk of tien.

A2: In het 'ambtshalve toetsingsclubje' denk ik dat ik tien tot vijftien van die zaken doe. Maar ambtshalve toetsing komt ook voor in grotere zaken, waarin oneerlijke bedingen een klein deeltje vormen.

V: Aan welke richtlijnen wordt het meest getoetst?

A2: Eerst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, dan de Richtlijn consumentenrechten en tot slot de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

A1: Ook de Richtlijn consumentenkrediet.

V: Hoe analyseren jullie een consumentenzaak?

A1&2: De analyse is op zich hetzelfde als bij een regulier dossier. Soms zit er wat meer herhaling in. In verstekzaken in hoger beroep gaat het immers bijna alleen maar over ambtshalve toetsing. Soms zit er veel studie en ontdekking in de ambtshalve toetsing, omdat het toch net weer wat anders ligt.

V: Hanteren jullie een taakverdeling ten aanzien van recht van openbare orde?

A1&2: Dat is niet het geval. Alle raadsheren bereiden het hele dossier voor en bespreken hun bevindingen vervolgens tijdens het raadkameren.

V: Verschillen de ideologieën van raadsheren ten aanzien van de ambtshalve toetsingsplicht?

A1: Wij opereren in het eerder genoemde consumentenclubje. Daarin verschillen raadsheren wel eens van mening, maar dat maakt het leuk en juist leerzaam. Elke raadkamer is leerzaam.

A2: Het is moeilijk te zeggen wat voor meningsverschillen er tussen raadsheren bestaan.

A1: Soms zullen die ideologisch zijn: de ene raadsheer voelt misschien iets meer voor de handelaar, de andere meer voor de consument.

V: Maakt de werkdruk die jullie ervaren het moeilijker om ambtshalve te toetsen?

A2: Nee. Ons gerechtshof heeft die taak zelf opgepakt en faciliteert deze ook in teamverband (naar aanleiding van onze teamvoorzitter, die ook lid is van het LOVCK&T). Ambtshalve toetsen is belangrijk en maakt niet uit voor de werkdruk.

A1: Nee. Dat doen we gewoon. Ik vind het heel goed dat ons gerechtshof de draad heeft opgepakt.

A1&2: De kantonrechters voeren overleg over de rechterlijke toetsingsplicht. Dat zouden de gerechtshoven eigenlijk ook moeten doen. Het is het beste als er uniforme rechtspraak tot stand komt. De flitsenquête uit 2013 zegt niets meer over de huidige stand van zaken. 2013 was pas het begin. Dat is twaalf jaar geleden en in die tussentijd is er van alles veranderd. Ook het laatste rapport uit 2018 is gedateerd, terwijl het aantal consumentenzaken bij gerechtshoven toeneemt. Op dit moment wordt er

gewerkt aan een nieuw rapport. Dat lijkt ons nuttig. Wel is ook dit rapport vooral voor kantonrechters geschreven en gesnoeid op een consumentvriendelijke uitleg. De richtsnoeren van de Europese Commissie zijn nuttig. Die structuur ontbreekt in de losse uitspraken van het HvJ EU.