

Artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden bepaalt onder andere dat de cliënt in rechterlijke geschillen met de bank, wanneer de cliënt in het ongelijk wordt gesteld, de volledige rechtsbijstandskosten van de bank dient te betalen. In deze notitie wordt besproken hoe deze bepaling zich

Notitie inzake art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden

In opdracht van: Follow
the Money



Universiteit Leiden

2016

Frouka Dooper, Rachel Mulder, Milan
Pastoors, Mike Kastelein



Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	2
1.1	Artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden.....	2
1.2	Probleemstelling	3
1.3	Plan van behandeling.....	4
2	Het wettelijk stelsel van proceskostenveroordeling	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Beperking: het liquidatietarief	5
2.3	Matiging door de rechter.....	6
2.4	Vergelijking met IE-zaken (volledige proceskostenveroordeling).....	6
2.5	Past artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden in het wettelijk stelsel?7	
3	Vaststellings- en verrekeningsbevoegdheid.....	8
3.1	Inleiding	8
3.2	Verrekeningsbevoegdheid.....	8
3.3	Vaststellingsbevoegdheid	9
4	Algemene voorwaarden.....	9
4.1	Art. 6:231 e.v. BW.....	9
4.1.1	Inleiding	9
4.1.2	Relevante artikelen	10
4.1.3	Is artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden onredelijk bezwarend? 13	
4.1.4	Is artikel 18 van de Algemene Bankvoorwaarden onredelijk bezwarend? 13	
4.2	Artikel 6:248 BW	13
4.2.1	Inleiding.....	13
4.2.2	Artikel 6:248 BW	13
4.2.3	Is artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?.....	14
4.3	Art. 3:40 BW	15
4.3.1	Inleiding	15
4.3.2	Behandeling artikel 3:40 BW	15
4.3.3	(Tussen)Conclusie t.a.v. art. 3:40 BW	16
5	Consumentenbescherming, reflexwerking en oneerlijke handelspraktijken....	16
5.1	Inleiding.....	16
5.2	Consumentenbescherming	16
5.3	Reflexwerking	17
5.3.1	Algemeen	17

5.3.2	Als bedrijf aanspraak maken op consumentenrecht	17
5.3.3	Reflexwerking procesrechtelijke bescherming.....	18
5.3.4	(Tussen)conclusie	18
5.4	Oneerlijke handelspraktijken.....	18
5.4.1	Inleiding.....	18
5.4.2	Relevante artikelen	19
5.4.3	Art. 28 Algemene Bankvoorwaarden: een oneerlijke handelspraktijk?.20	
5.4.4	(Tussen)conclusie	21
6	Verhouding met art. 6 EVRM: wordt het recht op toegang tot de rechter of het recht op een eerlijk proces beperkt door artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden?.21	
7	Conclusie	22

1 Inleiding

1.1 Artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden

Artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden, zoals gehanteerd door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) luidt als volgt¹:

Artikel 28 Bijzondere kosten

1. Als de bank wordt betrokken bij een beslag, geschil of procedure tussen de cliënt en een derde, dan zal de cliënt de daaruit voor de bank voortvloeiende kosten (bijvoorbeeld rechtsbijstandskosten) volledig aan haar vergoeden.
2. Alle overige bijzondere kosten van de bank voortvloeiend uit de relatie met de cliënt komen voor rekening van de cliënt voor zover dit redelijk is.

Vervolgens bekijken we de toelichting op dit artikel²:

Artikel 28 Bijzondere kosten

Welke bijzondere kosten kunnen wij u in rekening brengen?

1. *Het kan zijn dat wij worden betrokken bij een geschil tussen u en een ander, bijvoorbeeld een beslag of een procedure. Dit kan dan voor ons kosten meebrengen. Die kosten moet u volledig aan ons vergoeden. Wij zijn immers geen partij bij het geschil tussen u en die ander. Denkt u bijvoorbeeld aan de kosten voor de behandeling van een beslag dat een schuldeiser van u legt op uw tegoeden bij ons. Kosten kunnen bijvoorbeeld ook zijn de kosten van inschakeling van een advocaat.*
2. *Er kunnen ook andere bijzondere kosten voor ons ontstaan in verband met onze relatie met u. Die moet u aan ons vergoeden voor zover dit redelijk is. Denkt u bijvoorbeeld aan porto-, telefoon- en taxatiekosten, maar ook aan rechtsbijstandskosten. Het kan zijn dat wij in een procedure met u meer rechtsbijstandskosten maken dan het bedrag dat u volgens de wettelijke kostenveroordeling aan ons zou moeten voldoen. Wanneer u die procedure verliest, moet u toch onze volledige rechtsbijstandskosten vergoeden, voor zover dit redelijk is.*

Voor tien verschillende banken hebben we onderzocht of en hoe zij artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden in hun eigen voorwaarden hebben overgenomen. Dit zijn de volgende banken:

¹ Algemene Bankvoorwaarden 2009, https://www.nvb.nl/media/document/000619_algemene-bankvoorwaarden.pdf

² Toelichting Algemene Bankvoorwaarden oktober 2014, https://www.nvb.nl/media/document/001735_toelichting-abv-versie-van-1-oktober-2014-nl.pdf

ING Bank³, Rabobank⁴, ABN Amro Bank⁵, SNS Bank⁶, Knab⁷, Triodos Bank⁸, ASN Bank⁹, AEGON¹⁰, Regio Bank¹¹ en Van Lanschot¹². Acht van deze banken hebben exact hetzelfde artikel 28 in hun algemene voorwaarden staan. (Feitelijk komt het erop neer dat de banken de Algemene Bankvoorwaarden hanteren.) De enige banken die dat niet hebben zijn Knab en Triodos. Knab en Triodos hebben in hun algemene voorwaarden geen enkele verwijzing naar bijzondere kosten gemaakt. Daarnaast heeft AEGON in haar algemene voorwaarden weliswaar geen vergelijkbare bepaling opgenomen, maar verwijst zij in artikel 20 naar de Algemene Bankvoorwaarden. Hierdoor is artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden van overeenkomstige toepassing. Gesteld kan worden dat artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden bij de meeste Banken in Nederland van toepassing is.

1.2 Probleemstelling

Procederen in burgerlijke zaken is duur. De griffiekosten in commerciële burgerlijke zaken zijn erg hoog en ook de (verplichte) advocaten zijn duur. Bovendien brengt verlies van de zaak daarbovenop nog eens een proceskostenveroordeling met zich. Procederen behelst aldus een groot financieel risico. Een volledige proceskostenvergoeding vergroot dit risico. Nu kunnen banken dit risico over het algemeen goed lopen, maar voor het MKB is dit anders. Artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden geeft de bank het recht op een volledige proceskostenvergoeding en verhoogt aldus het financiële risico voor het MKB om tegen de bank te procederen. Daarbij geven de Algemene Bankvoorwaarden de bank ook de vaststellings- en verrekeningsbevoegdheid, wat ertoe kan leiden dat de bank de reële proceskosten die uitstijgen boven de proceskostenveroordeling door de rechter, van de bankrekening van de cliënt kan afschrijven.

³ https://www.ing.nl/media/ING_voorwaarden-en-overige-regelingen_tcm162-38817.pdf en <https://www.ing.nl/media/Kredietverlening-bepalingen-bankvoorwaarden-pandrecht-internet.pdf>

⁴ https://www.rabobank.nl/images/01_algemene_bankvoorwaarden_2910880.pdf

⁵ https://www.abnamro.nl/nl/images/Generiek/PDFs/005_Over_ABN_AMRO/Algemene_Voorwaarden_ABN_AMRO_Bank_NV_februari_2010.pdf

⁶ <https://www.snsbank.nl/web/file?uuid=f2d9c254-2707-45a6-b304-e08d318e40c5&owner=d5fe9abf-6784-4174-8c82-bc8310dcc108&contentid=276>

⁷ www.knab.nl

⁸ www.triodos.nl, zoeken op 'algemene voorwaarden'.

⁹ <https://www.google.nl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjTs4XciazMAhWkBcAKHeVEBQEQfggMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.asnbank.nl%2Fweb%2Ffile%3Fuuid%3Dd95baffa-3319-44ce-8d2c-23601cae1f2b%26owner%3D9ccef6a9-c451-451a-963a-e931fe46c086%26contentid%3D1998&usg=AFQjCNGXu90OgMmLfBhnZjlQq42zwrQJmA&cad=rja>

¹⁰ https://www.aegon.nl/sites/aegonnl/public_files/external/pdf/PDF-MIJNetc/multimedia/particulier/voorwaarden-aegon-bank-nv.pdf

¹¹ <https://www.google.nl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwidm9GliqzMAhVnD8AKHXhwb4YQFgg9MAA&url=https%3A%2F%2Fwww.regiobank.nl%2Fweb%2Ffile%3Fuuid%3D1ead6cda-41cf-4b0a-b794-77a8a1b18fe6%26owner%3Db1b84d2b-6b99-4246-b0f6-d53ac897216a%26contentid%3D82&usg=AFQjCNHduWBGU54Z5sQII2rzKapLakdXKg&cad=rja>

¹² <https://www.vanlanschot.nl/media/56860/van-lanschot-algemene-bankvoorwaarden-en-toelichting-10-2014.pdf>

Dit alles belemmert de toegang tot de rechter¹³. De vraag die in deze notitie centraal staat is daarom: is artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden in overeenstemming met de wet?

1.3 Plan van behandeling

Eerst zal het wettelijk stelsel van proceskostenveroordeling in Nederland worden besproken (paragraaf 2). In paragraaf 3 zal kort worden stilgestaan bij de vaststellings- en verrekeningsbevoegdheid van de bank. Vervolgens zal in paragraaf 4 worden ingegaan op het wettelijk stelsel van algemene voorwaarden. In paragraaf 5 zal de consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken en mogelijke reflexwerking worden behandeld. Ten slotte wordt in paragraaf 6 ingegaan op de verhouding van art. 28 Algemene Bankvoorwaarden met art. 6 EVRM, gevolgd door een conclusie (paragraaf 7).

¹³ Vergelijk Krans die het wel denkbaar acht dat het risico van een volledige proceskostenveroordeling partijen zal doen afzien van het instellen van vorderingen in rechte; H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 103.

2 Het wettelijk stelsel van proceskostenveroordeling

2.1 Inleiding

Het Nederlands burgerlijk procesrecht kent een stelsel van proceskostenveroordeling. Het centrale artikel in dezen is art. 237 Rv:

1. De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld. De kosten mogen echter geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd tussen echtgenoten of geregistreerde partners of andere levensgezellen, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zusters of aanverwanten in dezelfde graad, alsmede indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. Ook kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.

2. Bij een tussenvonnissen kan de beslissing over de kosten tot het eindvonnis worden aangehouden.

3. Het bedrag van de kosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld, wordt, voor zover die kosten vóór de uitspraak zijn gemaakt en niet aan haar zijde zijn gevallen, bij het vonnis vastgesteld.

4. De na de uitspraak ontstane kosten worden op verzoek van de partij in het voordeel van wie een kostenveroordeling is uitgesproken, begroot door de rechter die het vonnis heeft gewezen. Deze geeft daarvoor een bevelschrift af. Hiertegen is geen hogere voorziening toegelaten.

5. De rechter kan bepalen dat het griffierecht tot betaling waarvan de partij, bedoeld in het eerste of tweede lid, wordt veroordeeld, niet hoger is dan het griffierecht dat van deze partij is geheven of, in het geval dat deze partij gedaagde is in een zaak bij de kantonrechter en van haar geen griffierecht is geheven, het griffierecht dat deze partij verschuldigd zou zijn geweest als zij eiser was geweest. De rechter kan hiertoe besluiten indien hij van oordeel is dat veroordeling tot betaling van het hogere griffierecht, gelet op de proceshouding van de in het gelijk gestelde partij, zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. Hiertegen is geen hogere voorziening toegelaten.

Daarnaast is art. 239 Rv van belang:

In zaken waarin partijen niet in persoon kunnen procederen, kunnen van de kosten van de wederpartij slechts de salarissen en verschotten van de advocaat van die wederpartij ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht.

Het wettelijk systeem kan als volgt worden uitgelegd. De rechter veroordeelt de door hem in het ongelijk gestelde partij in de kosten. Die kosten bestaan (m.u.v. kantonzaken en personen-en familierechtzaken) slechts uit de salarissen en de voorschotten van de advocaat van de wederpartij (art. 239 Rv). Buitensporige kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, laat hij voor rekening van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte (art. 237 lid 1 Rv). De rechter bepaalt de hoogte van de proceskostenveroordeling (art. 237 lid 3 Rv).

2.2 Beperking: het liquidatietarief

In beginsel geschiedt de proceskostenveroordeling in het Nederlands burgerlijk procesrecht krachtens het zogenaamde 'liquidatietarief'. Dit tarief is tot stand gebracht door de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht en goedgekeurd door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren (LOVC) en het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de hoven (LOVC-hoven). In overleg tussen bovenstaande partijen is het liquidatietarief met ingang van 1 september 2008 aangepast aan de Wet afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer.¹⁴

De salarissen en voorschotten van de advocaat (kortweg: advocaatkosten) van de wederpartij worden in de Nederlandse burgerlijke procespraktijk dus berekend volgens het liquidatietarief. Dit houdt in dat deze kosten zelden volledig worden vergoed, maar abstract worden berekend. Er wordt hierbij niet gekeken naar de wekelijks gewerkte uren van de advocaat, maar naar de

¹⁴ Zie <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/paginas/liquidatietarief.aspx> (laatst geraadpleegd op 29-2-2016)

verrichte (processuele) werkzaamheden aan naar het belang van de zaak.¹⁵ Er wordt gebruikgemaakt van een lijst waarop processuele handelingen staan. Elke handeling levert een bepaald aantal punten op. Op basis van het belang van de zaak wordt bekeken hoeveel die punten waard zijn. De punten en tarieven zijn te vinden op www.rechtspraak.nl.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Lindeboom/Beusmans*¹⁶ bepaald dat dit liquidatietarief géén recht is in de zin van art. 79 RO. Dit tarief is dus niet bindend, maar wordt in de meeste gevallen door de gerechten gehanteerd. Bovendien heeft de Hoge Raad wel bepaald dat, wanneer de rechter besluit af te wijken van het liquidatietarief door de in het ongelijk gestelde partij in de werkelijke kosten te veroordelen, een zwaardere motiveringseis geldt wat betreft de hoogte van de kosten.¹⁷ Er wordt geen criterium gegeven, maar wel een aantal gezichtspunten:

- de redelijkheid van de kosten;
- de oorzaak van de vertraging en opgelopen kosten;
- de oorzaak van de achterliggende complicaties; en
- de eventuele verwijtbaarheid van een der partijen.

2.3 Matiging door de rechter

Op grond van artikel 242 lid 1 Rv, mag de rechter vooraf bedongen proceskosten en buitengerechterlijke kosten ambtshalve matigen, maar niet onder de bedragen die 'gelet op de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht, jegens de wederpartij redelijk zijn'.¹⁸ Hoe dit zich verhoudt tot Artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden is onduidelijk, nu de reële proceskosten hoogstwaarschijnlijk na afloop van de procedure via de verrekenbevoegdheid door de bank zullen worden afgeschreven van de rekening van de cliënt.

2.4 Vergelijking met IE-zaken (volledige proceskostenveroordeling)

In intellectuele eigendomszaken geldt een ander wettelijk stelsel op basis van een Europese Richtlijn (2004/48/EG). In het kader van de effectieve handhaving van (de bescherming van) intellectuele eigendomsrechten hoort volgens Brussel ook een volledige proceskostenvergoeding, zo blijkt uit artikel 14 van de Richtlijn:

Artikel 14 – aan de procedure verbonden kosten

De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.

Het doel van dit artikel kan als volgt worden uitgelegd: 'deze bepaling bedoelt het niveau van de bescherming van de intellectuele eigendom te versterken door te voorkomen dat een benadeelde partij ervan zou worden weerhouden om ter waarborging van zijn rechten een gerechtelijke procedure in te stellen'.¹⁹

In Nederland is deze richtlijnbeepaling geïmplementeerd in art. 1019h Rv:

Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd

¹⁵ P. Sluïjter, *Sturen met proceskosten: wie betaalt de prijs van verstoring procesgedrag?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 51.

¹⁶ HR 3 april 1998, NJ 1998, 571, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621.

¹⁷ P. Sluïjter, *Sturen met proceskosten: wie betaalt de prijs van verstoring procesgedrag?*, Deventer: Kluwer 2011.

¹⁸ HR 24 september 2004, NJ 2006, 200, ECLI:NL:HR:2004:AP6874.

¹⁹ A. Baas, *Lexplicatie, Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, Artikel 14 Aan de procedure verbonden kosten*.

veroordeeld in redelijk en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.

Volgens de memorie van toelichting bij dit artikel²⁰ verplicht artikel 14 van de Richtlijn tot een ruime proceskostenveroordeling van de verliezende partij. De proceskostenveroordeling zal zich, aldus de minister, opnieuw moeten uitkristalliseren. De rechter zal moeten komen tot een veroordeling in evenredige kosten, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Hierbij moet vooral worden gedacht aan de inbreukmaker te goeder trouw. Een volledige proceskostenveroordeling ligt met name voor de hand bij grootschalige namaak of piraterij.

Er is commentaar op deze Brusselse regeling. Visser en Tsoutsanis schrijven dat de financiële risico's van procederen (in IE-zaken) flink zijn toegenomen.²¹ En A.P. Ploeger schrijft in een nieuwsbrief van de Nederlandse Orde van Advocaten dat '[h]et ontstaan van een praktijk van reële proceskosten-veroordelingen in IE-zaken zal het begrip 'bijzonder geval' doen afkalven en ertoe leiden dat eerder sprake zal zijn van omstandigheden die uit billijkheidsoogpunt nopen tot een volledige (of gedeeltelijke) vergoeding van advocaatkosten.'

De Hoge Raad heeft zich in mei 2008 voor het eerst over de volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken uitgesproken. De Hoge Raad neemt aan dat voor toekenning van de volledige proceskosten sprake moet zijn van een vordering, aanspraak of verzoek. De rechter kan geen veroordeling tot volledige vergoeding uitspreken zonder een gespecificeerde opgave. Bovendien moeten de kosten tijdig worden opgegeven en gespecificeerd, zodat de wederpartij zich daartegen behoorlijk kan verweren.²²

2.5 Past artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden in het wettelijk stelsel?

Op basis van het wettelijk stelsel van proceskostenveroordeling is het, ook zonder deze bepaling in de algemene bankvoorwaarden, in beginsel mogelijk dat de cliënt van de bank door de rechter wordt veroordeeld in de volledige proceskosten. Echter, deze kosten bestaan dat slechts uit de salarissen en voorschotten van de advocaat van de wederpartij en deze kosten moeten niet nodeloos zijn aangewend of veroorzaakt. De rechter voert bovendien een redelijkheidstoets uit en kan de kosten eventueel matige. In IE-zaken is een volledige proceskostenveroordeling inmiddels als wettelijk uitgangspunt vastgelegd. Wel moet ook hier volgens de memorie van toelichting nog altijd een redelijkheidstoets worden uitgevoerd door de rechter. Bovendien moeten de volledige proceskosten worden gevorderd en worden zij door de rechter toegewezen.

Art. 28 Algemene Bankvoorwaarden stelt onder andere, aldus de toelichting, dat de cliënt de volledige rechtsbijstandskosten moet vergoeden, voor zover deze meer bedragen dan de proceskostenveroordeling door de rechter. Dit alles voor zover dit redelijk is.

Deze algemene voorwaarde lijkt dus in beginsel niet in strijd te zijn met de wet voor wat betreft de hoogte van de verschuldigde proceskostenvergoeding. Zorgelijk is wel dat het meerdere aan rechtsbijstandskosten door de bank van de cliënt zal worden gevorderd nádat de procedure voor de rechter is geëindigd (middels de verrekenbevoegdheid van de bank, waarover meer in paragraaf 3) en de cliënt hoogstwaarschijnlijk volgens het liquidatietarief in de proceskosten van de bank is veroordeeld, e.e.a. als de cliënt in het ongelijk is gesteld. Dit heeft een aantal consequenties.

Ten eerste is het de vraag wie bepaalt welke kosten redelijk zijn om aan de cliënt in rekening te brengen. Kan de bank hier voor eigen rechter spelen? De geschillencommissie bankzake stelt in een bindend advies dat wanneer de bank volgens een vast tarief werkt, dit wel moet zijn gebaseerd op de werkelijke kosten.²³ Ten tweede moet de cliënt wederom naar de rechter

²⁰ *Kamerstukken II, 2005/06, 30392, nr. 3 p. 26.*

²¹ D.J.G. Visser en A. Tsoutsanis, 'De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken', *NJB* 2006(34), p. 1940-1946.

²² HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, *NJ* 2008, 556 (erven Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.), r.o. 5.4.1.

²³ Geschillencommissie Bankzaken, dossiernr. BAN-D02/0166, 17 januari 2003 (referentie ESK).

stappen wanneer er onenigheid bestaat over de begrote rechtsbijstandskosten van de bank, wat extra kosten met zich meebrengt. Bovendien bepaalt art. 28 Algemene Bankvoorwaarden slechts dat wanneer de cliënt in een rechterlijke procedure in het ongelijk wordt gesteld, hij alsnog de volledige proceskosten aan de bank moet vergoeden, maar wordt andersom niet bepaald dat wanneer de bank in het ongelijk wordt gesteld zij alsnog de volledige rechtsbijstandskosten van de cliënt dient te betalen. Hierdoor stelt de bank zich in een onevenwichtige, machtige positie ten opzichte van de cliënt. Wanneer bovendien de cliënt naar de rechter stapt, omdat hij het niet eens is met de begrote rechtsbijstandskosten door de bank en vervolgens door de rechter in het gelijk wordt gesteld, dan krijgt de cliënt slechts de proceskosten volgens liquidatietarief, met andere woorden: een dergelijke procedure kost de cliënt altijd geld. Dit kan de toegang tot de rechter (nogmaals) belemmeren, wat tot gevolg heeft dat de bank eerder geneigd zou kunnen zijn om onredelijk hoge bedragen voor rechtsbijstand in rekening te brengen.

Conclusie moet zijn dat art. 28 Algemene Bankvoorwaarden in beginsel niet op gespannen voet lijkt te staan met het wettelijk stelsel; het wettelijk stelsel laat immers in beginsel een volledige proceskostenveroordeling toe. Zorgelijk is wel dat er, voor wat betreft de rechtsbijstandskosten van de bank die boven het de kostenveroordeling door de rechter uitgaan, in beginsel geen rechter is die kijkt of de in rekening gebrachte kosten inderdaad redelijk zijn (zoals dat wel is bij IE-zaken, aangezien de volledige kosten door de partij in kwestie moeten worden gesteld/ gevorderd). Dit is temeer zorgelijk nu de banken eenzijdig de financiële risico's voor procederen aan de kant van de cliënt verhogen. Bovendien is dit zorgelijk met het oog op de vaststellings- en verrekenbevoegdheid van de banken, waarover paragraaf 3.

3 Vaststellings- en verrekeningsbevoegdheid

3.1 Inleiding

Naast artikel 28 – waarin de bank, zoals gezegd, de bevoegdheid wordt toegekend naast de rechterlijke proceskostenveroordeling de reële proceskosten van de cliënt te vorderen – bevatten de Algemene Bank Voorwaarden nog twee problematische artikelen: artikel 18 en artikel 25. Artikel 28 kan in combinatie met deze artikelen ervoor zorgen dat de bank de reële proceskosten die uitstijgen boven de proceskostenveroordeling van de rechter, van de bankrekening van de cliënt kan afschrijven.

3.2 Verrekeningsbevoegdheid

Art. 25 van de Algemene Bankvoorwaarden luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Artikel 25 Verrekening

De bank mag altijd hetgeen zij al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde van de cliënt te vorderen heeft, verrekenen met al dan niet opeisbare tegenvorderingen van de cliënt op de bank (...). De bank stelt de cliënt zo mogelijk voorafgaand aan de verrekening daarvan in kennis.

In relatie met artikel 28 kan dit beteken dat de bank de reële proceskosten, voor zover deze uitkomen boven de proceskostenveroordeling door de rechter, van de bankrekening van de cliënt kan afschrijven.

Het gevolg hiervan is dat wanneer de cliënt het niet eens is met de hoogte van het afgeschreven bedrag, deze naar de rechter moet om dit aan te kaarten. Uit paragraaf 2 volgt reeds dat het financiële risico hiervan zeer groot is (bij verlies komt de cliënt in dezelfde molen terecht), dus de kans dat de cliënt dit doet is niet heel groot. Bovendien stelt de bank zich hierdoor in een zeer onevenwichtige positie ten opzichte van de cliënt. Normaal gesproken moet een debiteur het bedrag van zijn crediteur vorderen en wanneer de crediteur de vordering niet voldoet, moet de debiteur naar de rechter en kan deze met een veroordelend vonnis op enigerlei wijze beslag laten leggen op de vordering dan wel ter voldoening daarvan. De bank hoeft hiertoe echter niet over te gaan, maar kan op basis van artikel 25 verrekenen.

Op grond van dit artikel stelt de bank de cliënt zo mogelijk voorafgaand van de verrekening in kennis daarvan, of zoals de toelichting stelt: *'Als wij volgens dit artikel gaan verrekenen, proberen*

wij u vooraf te informeren.’ Het is de vraag in hoeverre de bank de cliënt vooraf zal informeren nu de bank niet het risico wil lopen dat de tegoeden (de vorderingen die de cliënt op de bank heeft) zal gaan gebruiken dan wel verplaatsen.

3.3 Vaststellingsbevoegdheid

Artikel 18 van de Algemene Bankvoorwaarden luidt:

Artikel 18 Bewijskracht en bewaartermijn bankadministratie

Tegenover de cliënt strekt een uittreksel uit de administratie van de bank tot volledig bewijs, behoudens door de cliënt geleverd tegenbewijs. De bank hoeft haar administratie niet langer te bewaren dan de wettelijke bewaartermijnen.

De eerste volzin van bovenstaand artikel is hier relevant. De toelichting op de eerste volzin is:

Wij administreren de rechten en verplichtingen die u heeft of zal hebben, in uw relatie met ons. Wij zijn wettelijk verplicht een betrouwbare administratie te voeren en staan onder toezicht. Een uittreksel uit onze administratie geldt als volledig bewijs. De inhoud daarvan geldt dus als juist. Uiteraard mag u tegenbewijs leveren.

Dit houdt in combinatie met artikel 28 dus in dat de cliënt ten opzichte van de bank in een zeer zwakke ‘bewijspositie’ staat. Nu de administratie van de bank zelf als volledig bewijs geldt, heeft de cliënt *de jure* wel de mogelijkheid om tegenbewijs aan te leveren, maar *de facto* zal dit zeer moeilijk te bewerkstelligen zijn. Een dergelijke bepaling is bovendien opgenomen op de zogenoemde ‘zwarte lijst’ van algemene voorwaarden, waarover meer in paragraaf 3.1.4. Uit de toelichting van artikel 18 valt op te maken dat ook de administratie van de gemaakte proceskosten als administratie in de zin van deze bepaling valt aan te merken. Ingevolge artikel 28 is de cliënt bij verlies van de rechtszaak immers gehouden de volledige proceskosten van de bank te vergoeden. Het gaat derhalve om verplichtingen die de cliënt heeft of zal hebben.

Wel staat de bank onder wettelijk toezicht, waardoor bovenstaand probleem deels kan worden gerelativeerd, nu mag worden aangenomen dat de administratie van de bank kloppend is.

Aansluitend op de verrekeningsbevoegdheid, maakt de vaststellingsbevoegdheid het voor de cliënt nog lastiger om op te komen tegen een in zijn ogen onterecht incasso van de proceskosten van de bank.

4 Algemene voorwaarden

4.1 Art. 6:231 e.v. BW

4.1.1 Inleiding

De Nederlandse wet kent een uitgebreide regeling van bescherming tegen ongunstige algemene voorwaarden voor consumenten en kleine ondernemers die met enige regelmaat tegenover grote wederpartijen staan. Vaak gaat deze relatie gepaard met het blindelings accepteren van de algemene voorwaarden van de grote partij. De consument en kleine ondernemers van het MKB staan namelijk vaak in een ondergeschikte onderhandelingspositie. Zij zijn immers meer afhankelijk van de grote partij dan andersom. De wettelijke regeling gaat er daarbij ook vanuit dat een partij snel gebonden kan zijn aan algemene voorwaarden, maar dan wel een groot apparaat aan beschermingsmaatregelen ter beschikking heeft om zich te ontdoen van diezelfde, mogelijk onredelijk bezwarende, algemene voorwaarden.

De wettelijke regeling van algemene voorwaarden vindt men in art. 6:231 ev. BW. Volgens deze regeling is een algemene voorwaarde vernietigbaar indien deze onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, dit volgt uit art. 6:233 sub a BW. In dit artikel is een aantal omstandigheden opgenomen die kunnen duiden op een onredelijk bezwarend beding in een algemene voorwaarde, te weten: de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige

omstandigheden van het geval. Deze gezichtspunten zijn gecodificeerde rechtspraak van de Hoge Raad.²⁴

De regeling van de algemene voorwaarden is geschreven ter bescherming voor consumenten en daarop gelijkende kleine ondernemers. Zolang een ondernemer niet valt onder de regeling van art. 6:235 lid 1 BW, kan hij een beroep doen op art. 6:233 sub a BW. Het zal voor MKB ondernemers dus afhankelijk zijn welke rechtsvorm zij hebben, hoe groot de jaarrekening is en hoeveel werknemers de onderneming heeft of ze zal dan niet een beroep kunnen doen op art. 6:233 BW.

Voor consumenten bevat de wettelijke regeling van algemene voorwaarde de zwarte en de grijze lijst ex art. 6:236 en 6:237 BW. De zwarte lijst wijst bedingen aan die per definitie onredelijk bezwarend zijn en voor deze stelling is geen tegenbewijs mogelijk. De grijze lijst daarentegen wijst bedingen aan die onredelijk bezwarend kunnen zijn, daar is (volgens de wetgever) gereede aanleiding toe. Tegen bedingen die opgenomen zijn in de grijze lijst is echter nog wel tegenbewijs mogelijk. Uit literatuur en rechtspraak volgt dat de grijze en zwarte lijst reflexwerking hebben en ook een mogelijke rechtsingang bieden aan kleine ondernemers die niet vallen onder art. 6:235 BW. Het geval wil echter dat er geen beding gelijkend aan art. 28 Algemene Bankvoorwaarden (hierna: art. 28) is opgenomen in de grijze of zwarte lijst. Dit zal dan ook verder geen gevolg krijgen in deze notitie aangezien het MKB dus niets heeft aan de lijsten, ook niet via reflexwerking.

4.1.2 Relevante artikelen

Art. 6:233 BW:

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

- a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; of*
- b. indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.*

Art. 6:235 BW:

1. Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 233 en 234 kan geen beroep worden gedaan door

- a. een rechtspersoon bedoeld in artikel 360 van Boek 2, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 403 lid 1 van Boek 2 is toegepast;*
 - b. een partij op wie het onder a bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn.*
- 2. Op de vernietigingsgrond bedoeld in artikel 233 onder a, kan mede een beroep worden gedaan door een partij voor wie de algemene voorwaarden door een gevolmachtigde zijn gebruikt, mits de wederpartij meermalen overeenkomsten sluit waarop dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn.*
- 3. Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 233 en 234, kan geen beroep worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt.*
- 4. De termijn bedoeld in artikel 52 lid 1 onder d van Boek 3, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan.*

Art. 6:236 BW ('zwarte lijst')

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

²⁴ HR 19 mei 1967, NJ 1967/261 (Saladin/HBU)

- a.** dat de wederpartij geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen;
- b.** dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt;
- c.** dat een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot opschorting van de nakoming uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot opschorting verleent dan hem volgens de wet toekomt;
- d.** dat de beoordeling van de vraag of de gebruiker in de nakoming van een of meer van zijn verbintenissen is te kort geschoten aan hem zelf overlaat, of dat de uitoefening van de rechten die de wederpartij ter zake van een zodanige tekortkoming volgens de wet toekomen, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat deze eerst een derde in rechte heeft aangesproken;
- e.** krachtens hetwelk de wederpartij aan de gebruiker bij voorbaat toestemming verleent zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op een der in afdeling 3 van titel 2 bedoelde wijzen op een derde te doen overgaan, tenzij de wederpartij te allen tijde de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, of de gebruiker jegens de wederpartij aansprakelijk is voor de nakoming door de derde, of de overgang plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren;
- f.** dat voor het geval uit de overeenkomst voor de gebruiker voortvloeiende rechten op een derde overgaan, ertoe strekt bevoegdheden of verweermiddelen die de wederpartij volgens de wet jegens die derde zou kunnen doen gelden, uit te sluiten of te beperken;
- g.** dat een wettelijke verjarings- of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort;
- h.** dat voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de gebruiker of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de wederpartij verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij in haar verhouding tot de gebruiker voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn;
- i.** dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- j.** dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken, elektriciteit, warmte en koude daaronder begrepen en dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften niet daaronder begrepen, of tot het geregeld doen van verrichtingen, leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing in een overeenkomst voor bepaalde duur, dan wel tot een stilzwijgende voortzetting in een overeenkomst voor onbepaalde duur zonder dat de wederpartij de bevoegdheid heeft om de voortgezette overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand;
- k.** dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend;
- l.** dat ten nadele van de wederpartij afwijkt van artikel 37 van Boek 3, tenzij het betrekking heeft op de vorm van door de wederpartij af te leggen verklaringen of bepaalt dat de gebruiker het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld;
- m.** waarbij een wederpartij die bij het aangaan van de overeenkomst werkelijke woonplaats in een gemeente in Nederland heeft, woonplaats kiest anders dan voor het geval zij te eniger tijd geen bekende werkelijke woonplaats in die gemeente zal hebben, tenzij de overeenkomst betrekking heeft op een registergoed en woonplaats ten kantore van een notaris wordt gekozen;
- n.** dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen;
- o.** dat de bevoegdheid van de wederpartij om de overeenkomst, die mondeling, schriftelijk of langs elektronische weg tot stand is gekomen, op een overeenkomstige wijze op te zeggen, uitsluit of beperkt;
- p.** dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften, leidt tot een stilzwijgende verlenging of vernieuwing van de overeenkomst met een duur die langer is dan drie

maanden, dan wel tot een stilzwijgende verlenging of vernieuwing van de overeenkomst met een duur van ten hoogste drie maanden zonder dat de wederpartij de bevoegdheid heeft om de overeenkomst telkens tegen het einde van de duur van de verlenging of de vernieuwing op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand;

q. dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van dag-, nieuws- en weekbladen en tijdschriften, leidt tot een stilzwijgende voortzetting in een overeenkomst voor onbepaalde duur zonder dat de wederpartij de bevoegdheid heeft om de voortgezette overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand of, in geval de geregelde aflevering minder dan eenmaal per maand plaats heeft, met een opzegtermijn van ten hoogste drie maanden;

r. dat de wederpartij verplicht de verklaring tot opzegging van een overeenkomst als bedoeld onder j of p respectievelijk q te laten plaatsvinden op een bepaald moment;

s. dat in geval van een overeenkomst met beperkte duur tot het geregeld ter kennismaking afleveren van dag-, nieuws-, weekbladen en tijdschriften leidt tot voortzetting van de overeenkomst.

Art. 6:237 BW ('grijze lijst')

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

a. dat de gebruiker een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren;

b. dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten;

c. dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;

d. dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden gevergd;

e. dat de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft;

f. dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding;

g. dat een de wederpartij volgens de wet toekomstige bevoegdheid tot verrekening uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot verrekening verleent dan hem volgens de wet toekomt;

h. dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomstige rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen;

i. dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekort geschoten, de wederpartij verplicht een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst;

j. dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd;

k. dat voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 236 onder j of p respectievelijk q een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de wederpartij na een jaar de bevoegdheid heeft de overeenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van ten hoogste een maand;

l. dat de wederpartij aan een opzegtermijn bindt die langer is dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen;

m. dat voor de geldigheid van een door de wederpartij te verrichten verklaring een strengere vorm dan het vereiste van een onderhandse akte stelt;

n. dat bepaalt dat een door de wederpartij verleende volmacht onherroepelijk is of niet eindigt door haar dood of ondercuratelestelling, tenzij de volmacht strekt tot levering van een registergoed;

o. dat de wederpartij bij overeenkomsten, niet zijnde verlengde, vernieuwde of voortgezette overeenkomsten als bedoeld in artikel 236, onder j of p respectievelijk q, aan een opzegtermijn bindt die langer is dan een maand.

4.1.3 Is artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden onredelijk bezwarend?

Voor kleine ondernemers in het MKB staat enkel de weg open van art. 6:233 sub a BW (zie paragraaf 3.1.1). Dan zal bewezen moeten worden dat art. 28 onredelijk bezwarend is. Hierover is geen rechtspraak van de Hoge Raad gevonden. De vraag of art. 28 onredelijk bezwarend is, is dus afhankelijk van de vraag of de bepaling de toets van art. 6:233 sub a BW kan doorstaan. De Hoge Raad hanteert daarbij de gezichtspunten die in art. 6:233 sub a BW staan vermeld. Volgens het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJEU) moet er in het licht van art. 6:233 sub a BW gekeken worden naar twee aspecten. De regeling van algemene voorwaarden in boek 6 BW is implementatiewetgeving verplicht vanuit de EU, dus de overwegingen van het HvJEU zijn relevant voor de Nederlandse praktijk. Het eerste aspect is of er een aanzienlijke verstoring is in het evenwicht tussen partijen als gevolg van het beding in de algemene voorwaarde. Anders gezegd, brengt het beding partijen in een andere verhouding dan het geval zou zijn geweest volgens gewoon nationaal toepasselijk (aanvullend) recht? Het tweede aspect is of de aanzienlijke verstoring van dit evenwicht in strijd is met de goede trouw.²⁵ Dit laatste kan bijvoorbeeld zo zijn als de consument rechten wordt ontzegd of extra verplichtingen wordt opgelegd. Ook van belang kan zijn of de consument (of MKB) de voorwaarde zou hebben aanvaard als daarover was onderhandeld en de consument had geweten wat de gevolgen van aanvaarding zouden zijn.

Het feit dat er nog geen rechterlijke toetsing is geweest van art. 28 of soortgelijke bepalingen aan art. 6:233 sub a BW maakt dat hier niet in algemene zin gezegd kan worden of art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden vernietigbaar is of niet. Het feit dat art. 28 weliswaar in overeenstemming is met (aanvullend) nationaal recht pleit in die zin nog niet zozeer voor of tegen vernietiging van art. 28. Het zal dus afhangen van de omstandigheden van het concrete geval die ter beoordeling wordt voorgelegd aan de rechter of art. 28 al dan niet in aanmerking komt voor vernietiging na een beroep op art. 6:233 sub a BW.

4.1.4 Is artikel 18 van de Algemene Bankvoorwaarden onredelijk bezwarend?

Art. 6:236 onder k BW geeft (onder andere) dat een beding dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij (de cliënt dus) wijzigt, *'hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend'*, als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt.

Dit artikel geldt evenwel slechts voor consumenten, maar kan wel een richtsnoer geven, of mogelijk via reflexwerking van toepassing zijn (zie over dit laatste paragraaf 4). Art. 18 van de Algemene Bankvoorwaarden wijzigt weliswaar de bewijslastverdeling ten nadele van de cliënt, maar niet op een van de manieren genoemd in art. 6:236 onder k BW. Derhalve kan artikel 18 Algemene Bankvoorwaarden niet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

4.2 Artikel 6:248 BW

4.2.1 Inleiding

Nu niet kan worden uitgesloten of art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 sub a BW is de vraag of een beroep op dit beding in de gegeven omstandigheden van het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (artikel 6:248 BW).

4.2.2 Artikel 6:248 BW

Artikel 6:248 BW luidt als volgt:

Artikel 6:248 BW

²⁵ Valk, in *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, artikel 6:233 aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 4 december 2015)

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

In dit geval is lid 2 van artikel 6:248 BW van toepassing. Indien dit lid opgaat dan zou de regel uit artikel 28 van de algemene bankvoorwaarden van de Nederlandse Vereniging van Banken niet van toepassing zijn in het concrete geval.

Er moet dus worden gekeken naar de redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden. Dit zorgt voor een hele ruime toepassingsvrijheid. Het komt erop neer dat sommige wettelijke bepalingen in bepaalde gevallen tot een uitkomst leiden die niet eerlijk is. In dat geval is het niet in overeenstemming met het ongeschreven recht van de redelijkheid en billijkheid. Dit hangt echter altijd af van de specifieke omstandigheden van het geval.

De redelijkheid en billijkheid kunnen op twee verschillende manieren worden ingeroepen:

- Via de aanvullende werking
- Via de beperkende werking

De aanvullende werking houdt in, dat de redelijkheid en billijkheid hetgeen is afgesproken tussen partijen aanvult.

De beperkende werking houdt in, dat de redelijkheid en billijkheid bepaalde tussen partijen geldende afspraken buiten toepassing stelt. Er kan dus iets zijn afgesproken, wat via een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing kan worden gesteld.

4.2.3 Is artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

Indien lid 2 van artikel 6:248 BW opgaat dan zou de regel uit artikel 28 van de algemene bankvoorwaarden van de Nederlandse Vereniging van Banken niet van toepassing zijn in het concrete geval.

Aan de hand van artikel 6:248 BW wordt gekeken of dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In artikel 28 lid 2 staat duidelijk dat er ook overige bijzondere kosten voor rekening van de cliënt kunnen komen voor zover dit redelijk is. De vraag is dan of dit duidelijk is voor de cliënt. In de toelichting staat: 'Het kan zijn dat wij in een procedure met u meer rechtsbijstandskosten maken dan het bedrag dat u volgens de wettelijke kostenveroordeling aan ons zou moeten voldoen. Wanneer u die procedure verliest, moet u toch onze volledige rechtsbijstandskosten vergoeden, voor zover dit redelijk is.'

In feite is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of en in hoeverre dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Aan de ene kant zou je kunnen zeggen dat er in het geval van een gemiddelde consument vanuit mag worden gegaan dat hij/zij volledig begrijpt wat deze clausule inhoudt. De vraag is echter wat er moet worden verstaan onder een gemiddelde consument. Is het noodzakelijk dat een consument zich op eigen houtje verdiept in de toelichting op de algemene bankvoorwaarden? Mag er van een consument verwacht worden dat het duidelijk is wat er onder de 'overige bijzondere kosten' valt?

Aan de andere kant is het de vraag hoe er wordt omgegaan met een minder dan gemiddelde cliënt? Een cliënt met minder kennis, ervaring of deskundigheid ten aanzien van deze regels. Op basis van art. 6:248 lid 2 BW zou je verwachten dat de rechter hier rekening mee houdt. Hoe dit artikel in de praktijk uitpakt blijft echter onduidelijk en het zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Ten aanzien van de vraag of art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan op dit punt nog geen duidelijke conclusie getrokken worden.

4.3 Art. 3:40 BW

4.3.1 Inleiding

Buiten dat een overeenkomst, of in dit geval een beding, ongeldig, nietig of vernietigbaar kan zijn in verband met strijd met het wettelijk kader (in dit geval artt. 237 e.v. Rv), art. 6:248 BW, de algemene voorwaarden regeling in boek 6 (artt. 6:233 BW e.v.) of de regeling van oneerlijke handelspraktijken kan een beding ook nietig zijn op grond van art. 3:40 BW (van rechtswege).

4.3.2 Behandeling artikel 3:40 BW

4.3.2.1 Algemeen

Een rechtshandeling kan nietig zijn op grond van artikel 3:40 BW. Art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden is een rechtshandeling, namelijk een meerzijdige rechtshandeling, zijnde een overeenkomst tussen de klant en de bank. Artikel 3:40 BW kent drie 'mogelijkheden' om tot nietigheid van een rechtshandeling te kunnen komen. De eerste mogelijkheid is dat het verrichten van de rechtshandeling in strijd is met een dwingende formele wetsbepaling. De tweede mogelijkheid is dat de strekking van de rechtshandeling in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. De derde mogelijkheid is dat de inhoud van de rechtshandeling in strijd is met de openbare orde of de goede zeden.²⁶ De laatste twee mogelijkheden volgen uit art. 3:40 lid 1 BW, de eerste mogelijkheid vloeit voort uit art. 3:40 lid 2 en 3 BW. Dit lijkt een strikt onderscheid, maar in werkelijkheid vloeien deze drie mogelijkheden soms in elkaar over.

4.3.2.2 Verrichten van de rechtshandeling (art. 3:40 lid 2 en 3 BW)

De eerste vraag die hier zal behandeld zal worden is: 'wat is het verrichten van een rechtshandeling?'. Verrichten van een rechtshandeling is sec het sluiten/tot stand komen van de overeenkomst. Het enkele sluiten van de overeenkomst/overeenkomen van een beding moet dus al strijdig zijn met een dwingende wetsbepaling.²⁷ Over deze mogelijkheid van art. 3:40 volstaat een korte beschouwing in deze notitie. Zoals ook volgt uit de paragrafen die om deze paragraaf heen staan is art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden niet strijdig met een dwingende formele wetsbepaling. Art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden mag/kan immers in het wettelijk systeem van proceskostenveroordeling van Rechtsvordering, art. 6:248 verbiedt de toepassing waarschijnlijk niet, artt. 6:233 en 6:193a e.v. BW tasten de geldigheid niet aan en verder is geen dwingende formele wet bekend die het sluiten van een dergelijke beding verbiedt. Art. 28 zal dus niet nietig bevonden kunnen worden onder art. 3:40 lid 2 en 3 BW.

4.3.2.3 Strekking van de rechtshandeling (art. 3:40 lid 1 BW)

De strekking van de rechtshandeling omvat dat de uitvoeringshandelingen, die voorzienbaar moeten zijn voor beide partijen, strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden. Voor beide partijen moet dus duidelijk zijn wat de voorzienbare gevolgen zijn van de rechtshandeling (uitvoeringshandelingen) en wat het motief daarachter is.²⁸ Alleen al door deze definitie van strekking van de rechtshandeling in de zin van art. 3:40 lid 1 BW kan men twifelen aan de mogelijke succesvolle toepassing van dit artikel in het licht van toetsing van art. 28 Algemene Bankvoorwaarden hieraan. Het is mijns inziens namelijk totaal niet voorzienbaar voor de wederpartij, het MKB in dit geval, dat een procedure met de bank enorm hoge kosten met zich mee kan brengen door dit artikel. Daarnaast is voor het MKB het motief achter dit beding al helemaal niet duidelijk, deze volgt namelijk niet uit het artikel zelf, noch uit de toelichting. Aan een inhoudelijke toetsing van art. 28 ABV aan de openbare orde of de goede zeden komt men in het licht van art. 3:40 lid 1 BW ten aanzien van de strekking van de rechtshandeling dus niet toe.

²⁶ Hijma & Oltof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (Nr. 48-51)

²⁷ Hijma & Oltof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (Nr. 49)

²⁸ Hijma & Oltof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (Nr. 48)

4.3.2.4 Inhoud van de rechtshandeling (art. 3:40 lid 1 BW)

De inhoud van de rechtshandeling ziet op de verplichtingen die volgen uit de overeenkomst/het beding. In dit geval ziet dat dus op het volledig vergoeden van de proceskosten van de bank door het MKB, dat is immers wat art. 28 ABV tracht te bewerkstelligen. Deze inhoud kan nietig zijn ingevolge art. 3:40 lid 1 BW als dit in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Of een beding in strijd is met de openbare orde of de goede zeden is afhankelijk van een aantal gezichtspunten, zoals overwogen door de Hoge Raad.²⁹ Een van die gezichtspunten is: wordt er een fundamenteel rechtsbeginsel (moreel fatsoen) van de rechtsstaat geschonden? Bij een dergelijk fundamenteel rechtsbeginsel moet men denken aan in het maatschappelijk verkeer fundamentele regels van ongeschreven recht. Een fundamenteel rechtsbeginsel dat geschonden zou kunnen worden door dit beding is die van externe toegankelijkheid tot het burgerlijk proces.³⁰ Toetsing van dit beginsel zal in praktijk neerkomen op toetsing van strijd met art. 6 EVRM, hiervoor wordt dan ook verwezen naar paragraaf 6 van deze notitie. Op het moment dat strijd met art. 6 EVRM in beeld komt, dan is nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW mijns inziens mogelijk. Een ander fundamenteel rechtsbeginsel dat mogelijk in het geding zou kunnen zijn is het beginsel van misbruik van machtspositie.³¹ Betoogd zou kunnen worden dat de bank(en) door dit beding 'op te leggen' aan het MKB misbruik maken van hun machtspositie tegenover het MKB. Of dit beroep slaagt is echter niet te zeggen. Andere gezichtspunten die de Hoge Raad noemt zijn: beschermde belangen van de/het geschonden regel/beginsel, zijn partijen zich bewust van de schending en voorziet de/het geschonden regel/beginsel zelf in een sanctie? Deze gezichtspunten vormen geen cumulatieve eisen. Het is dus maar de vraag of de rechter zal oordelen dat art. 28 ABV naar haar inhoud in strijd is met een fundamenteel rechtsbeginsel van de rechtsstaat. In algemene zin is daar in deze notitie geen eenduidig antwoord op te geven.

4.3.3 (Tussen)Conclusie t.a.v. art. 3:40 BW

De vraag of art. 28 Algemene Bankvoorwaarden nietig is in het licht van art. 3:40 BW is in zijn algemeenheid niet te zeggen. Dat zal zeer afhangen van de rechterlijke beoordeling. Op deze plaats durven wel te zeggen dat nietigheid ten aanzien van het verrichten van de rechtshandeling of de strekking van de rechtshandeling zeer onwaarschijnlijk lijkt. Nietigheid vanwege inhoudelijke strijd van de rechtshandeling met de openbare orde of de goede zeden heeft enige kans, hier zal de bepleiter echter met zeer goede argumenten moeten komen.

5 Consumentenbescherming, reflexwerking en oneerlijke handelspraktijken

5.1 Inleiding

Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22 (hierna: Richtlijn OHP) is de Richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken. De Richtlijn ziet alleen op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten (b2c) en niet op handelingen tussen handelaren onderling (b2b). Hieronder vallen bijvoorbeeld misleidende mededelingen die zijn gericht aan consumenten. De vraag is of er reflexwerking bestaat ten aanzien van de Richtlijn OHP.

5.2 Consumentenbescherming

De consument is een kleine, veelal zwakkere contractspartij. Dat is ook de reden dat zij extra bescherming krijgen wanneer zij rechtshandelingen aangaan met een professionele optredende wederpartij. Het gaat in dit geval om de zogenaamde b2c-overeenkomsten. De wetgever beschermt de consument in bepaalde gevallen. Consumenten kunnen bijvoorbeeld bepaalde algemene voorwaarden gemakkelijk achteraf vernietigen en er mogen geen oneerlijke handelspraktijken tegen hem worden verricht.³²

²⁹ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172 (*Esmilo/Mediq*)

³⁰ Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (Nr. 53)

³¹ Heringa e.a., *Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (Nr. 6 e.v.)

³² A.G.F. Ancery, C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 1.

5.3 Reflexwerking

5.3.1 Algemeen

De reflexwerking houdt in, dat je als eenmanszaak, vereniging of stichting aanspraak kunt maken op de bescherming die consumenten krijgen onder de wet. In dit geval wordt voornamelijk gedoeld op de oneerlijke handelspraktijken. De vraag hierbij is of het MKB ook aanspraak kan maken op de wettelijke bepalingen die hiervoor gelden.

5.3.2 Als bedrijf aanspraak maken op consumentenrecht

Kleine ondernemers kunnen in hun relatie tot de wederpartij ook een eventuele procedure op achterstand beginnen. Die sterkere positie van de wederpartij heeft te maken met macht: sociaal, economisch of juridisch. Bij het eerste wordt ook vaak gewezen op artikel 6 van het EVRM, vanwege de *equality of arms*-gedachte. Men vraagt zich daarbij af of de groep die nu beschermd wordt, consumenten, niet te klein is.³³

Reflexwerking is voortgekomen uit de rechtspraak en geldt voor kleine ondernemingen die nauwelijks van consumenten te onderscheiden zijn. Er kan bijvoorbeeld een beroep op worden gedaan in het geval van algemene voorwaarden, maar ook als oneerlijke handelspraktijken een rol spelen.³⁴ In het geval van misleidende of agressieve handelspraktijken kan de ondernemer dan reflexwerking inroepen waardoor hij de mogelijkheid krijgt tot het vorderen van schadevergoeding.

De minister heeft in het kader van de Implementatiewet oneerlijke handelspraktijken aangegeven dat de rechter, in afwachting van regelgeving ter bescherming van de kleine onderneming, in voorkomende gevallen mocht beslissen over de normerende werking van de Wet OHP.^{35 36} In de memorie van antwoord wordt gezegd dat behalve consumenten ook kleine zelfstandigen worden geconfronteerd met oneerlijke handelspraktijken. Kleine zelfstandigen hebben met name te maken met advertentieacquisitie en spooknota's. Dit blijkt uit gegevens van de jaarlijkse Monitor Criminaliteit Bedrijfsleven en van het Steunpunt Acquisitiefraude. In de gezamenlijke brief van de Staatssecretarissen van Economische Zaken, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën over het beleid met betrekking tot het zelfstandig ondernemerschap wordt ook ingegaan op de rechtsbescherming van kleine zelfstandigen tegen oneerlijke handelspraktijken. Hierin wordt uiteengezet dat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, waarop dit wetsvoorstel is gebaseerd, alleen ziet op de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken van consumenten. Een kleine zelfstandige valt niet onder het beschermingsbereik van de richtlijn. Op dit punt legt de minister de beslissingsvrijheid bij de rechter.

In de praktijk wordt duidelijk dat de rechter veelvuldig gebruik maakt van die beslissingsruimte. Er dient van geval tot geval te worden beoordeeld of reflexwerking van beschermende bepalingen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken is toegestaan. Hierbij spelen in belangrijke mate een rol: de verhouding tussen partijen, de omstandigheden rondom de contractsluiting en de vraag of de kwestie op het eigenlijke terrein ligt van degene die een beroep doet op de reflexwerking. De vraag of er sprake is van reflexwerking hangt in belangrijke mate af van de omstandigheden van het geval. De onderneming moet een met de consument vergelijkbare positie innemen. Hoe meer overeenkomsten de ondernemer vertoont met de consument, hoe meer aanleiding er zal zijn om ook de consumentenbeschermende bepalingen toe te passen.³⁷ De rechter maakt uiteindelijk een afweging.

³³ Idem, p. 1-2.

³⁴ Idem, p. 2.

³⁵ Idem, p. 2.

³⁶ Nadere memorie van antwoord Implementatiewet oneerlijke handelspraktijken, Kamerstukken I, 2007-2008, 30 928, nr. E, p. 6-7.

³⁷ A.G.F. Ancery, C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 4.

Dat de rechter een grote beslissingsvrijheid heeft, blijkt ook uit het volgende. In 2014 bevestigde het Hof Arnhem-Leeuwarden namelijk dat de wetgeving betreffende oneerlijke handelspraktijken alleen gericht is op consumenten.³⁸ De Wet op de oneerlijke handelspraktijken had hier geen reflexwerking.

5.3.3 Reflexwerking procesrechtelijke bescherming

Vervolgens is de vraag of er ook reflexwerking bestaat voor de procesrechtelijke bescherming die de consument wordt geboden.³⁹ De lat ligt hiervoor hoger dan voor de materieelrechtelijke bescherming. In de eerste zaak waarin reflexwerking werd toegekend aan de Wet OHP speelde art. 6:193j, lid 1 BW een belangrijke rol.⁴⁰

De procesrechtelijke bescherming van consumenten kan gemakkelijk gerechtvaardigd worden vanuit het feit dat zij geen juridische kennis hebben en er vanwege financiële redenen vanaf zien om een procedure te beginnen. Indien consumenten geen extra procesrechtelijke bescherming zouden krijgen dan hadden zij niets aan de bestaande materieelrechtelijke bescherming. Ze zouden dan geen effectief gebruik kunnen maken van hun recht. Ook uit art. 6 en 13 EVRM vloeit het recht op een voldoende effectief rechtsmiddel voort.⁴¹

5.3.4 (Tussen)conclusie

De reflexwerking kan in sommige gevallen veel betekenen voor kleine ondernemers. Zij kunnen zich hierdoor vaak beroepen op wetsbepalingen die consumenten beschermen. De rechter heeft voldoende mogelijkheden om de met de consument gelijk te stellen professionele partij enigszins tegemoet te komen, de beslissingsvrijheid is groot. De rechter dient wel voldoende te motiveren dat de niet-consument zich in een positie bevindt die vergelijkbaar is met een consument. In veel gevallen zal dit geen problemen opleveren, maar waar dat wel gebeurt, kan de rechter weinig ambtshalve betekenen voor deze kleine professionele partij.⁴²

5.4 Oneerlijke handelspraktijken

5.4.1 Inleiding

Er bestaat dus een mogelijkheid voor MKB bedrijven die zich in een vergelijkbare positie bevinden als consumenten om via de reflexwerking aanspraak te maken op consumentenbeschermingsrecht. Een vraag die vervolgens opspeelt bij het zien van art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: art. 28) is of deze bepaling in strijd zou kunnen zijn met de regeling oneerlijke handelspraktijken. Als dit het geval is, zullen wij moeten concluderen dat art. 28 vernietigbaar is. De regeling inzake oneerlijke handelspraktijken vloeit zoals gezegd voort uit de Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22 (hierna: Richtlijn OHP). De Richtlijn OHP is in Nederland (mede) geïmplementeerd in afdeling 3A, art. 6:193a-j BW.

³⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (*Het Gilde Utrecht / Telefoonboek*).

³⁹ A.G.F. Ancery, C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 5.

⁴⁰ Rb. Groningen 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ 1615; *TvC* 2013, p. 181-186 m.nt. Pavillon (MKB-Nederland / Holland Internet Group).

⁴¹ A.G.F. Ancery, C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 7.

⁴² A.G.F. Ancery, C.M.D.S. Pavillon, 'Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht', *WPNR* 2014, afl. 7026, p. 7.

De regeling oneerlijke handelspraktijken is erop gericht om de consument te beschermen bij het nemen van zijn beslissing tot het aangaan van een overeenkomst.⁴³ Hieronder zijn de relevante bepalingen uit de artikelen 6:193a-j BW opgenomen.

5.4.2 Relevante artikelen

Artikel 6:193b

- 1. Een handelaar handelt onrechtmatig jegens een consument indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is.*
- 2. Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt:
 - a. in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en*
 - b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt,*
*waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.**
- 3. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar:
 - a. een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g, of*
 - b. een agressieve handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193h en 193i.**
- 4. De gangbare en rechtmatige reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, maken een reclame op zich niet oneerlijk.*

Artikel 6:193d

- 1. Een handelspraktijk is bovendien misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie.*
- 2. Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.*
- 3. Van een misleidende omissie is eveneens sprake indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.*
- 4. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.*

Artikel 6:193e

- In het geval van een uitnodiging tot aankoop is de volgende informatie, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt, essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2:*
- a. de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is;*
 - b. de identiteit en het geografisch adres van de handelaar, zijn handelsnaam en, in voorkomend geval, de identiteit en het geografisch adres van de handelaar namens wie hij optreedt;*
 - c. de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend en, in voorkomend geval, de extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat deze extra kosten moeten worden betaald;*
 - d. de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding; en*
 - e. indien er een recht op herroeping of annulering is, het bestaan van dit recht.*

⁴³ A.G. Castermans, 'Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten,' MvV 2011, nummer 7/8, Boom juridisch.

5.4.3 Art. 28 Algemene Bankvoorwaarden: een oneerlijke handelspraktijk?

Volgens art. 193b is een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk als er ofwel sprake is van een misleidende handelspraktijk (art. 193b lid 3 sub a) ofwel een agressieve handelspraktijk (art. 193b sub b). Het lijkt ons duidelijk dat art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: art. 28) niet onder de definitie van een agressieve handelspraktijk (een praktijk waarbij de consument onder druk wordt gezet om het product te kopen) valt. We zullen ons daarom richten op de misleidende handelspraktijk. De misleidende handelspraktijk wordt uiteengezet in de artikelen 193c t/m 193g.

Na het bestuderen van deze artikelen kan als een belangrijke vorm van een misleidende handelspraktijk de *misleidende omissie* worden aangemerkt. Hiermee wordt, ex. art. 6:193d, dat er sprake is van een 'handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen' of 'indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt, [...], waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.'

Het begrip 'essentiële informatie' wordt vervolgens gedefinieerd in art. 193e. Aangezien Afdeling 3A in beginsel alleen ziet op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten, is het begrip 'essentiële informatie' vooral toegespitst op de consument en op het product. Hierdoor is het lastig om de informatie in artikel 28 te scharen onder de definities van 'essentiële informatie'. Een mogelijkheid zou kunnen zijn om te stellen dat in art. 28 de informatie als bedoeld in art. 193 e onder sub c ontbreekt, te weten 'de manier waarop de prijs wordt berekend en het feit dat er extra kosten moeten worden betaald, indien deze redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend'

Op het eerste gezicht lijkt dit punt niet van toepassing op art. 28 aangezien de tekst van dit artikel duidelijk stelt welke kosten er vergoed zouden moeten worden als de proceskosten die moeten worden vergoed volgens de rechterlijke uitspraak, lager zijn dan de reële rechtsbijstandskosten die daadwerkelijk zijn gemaakt. Daarbij wordt ook duidelijk vermeld welke extra kosten er eventueel betaald zouden moeten worden.

Een belangrijk punt hierbij is echter dat de Rechtbank in een uitspraak uit 2011⁴⁴ heeft bepaald dat om te bepalen of er essentiële informatie is weggelaten of verborgen gehouden, er moet worden gekeken naar de feitelijke context waarin de mededeling is gedaan en de maatregelen die zijn genomen om informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen.⁴⁵ Er moet hierbij rekening worden gehouden wat een gemiddelde consument van de gegeven informatie zou hebben begrepen of zou mogen begrijpen.

Als wij vanuit dit oogpunt naar artikel 28 kijken zou je kunnen stellen dat een gemiddelde cliënt, die niet eerder in aanraking gekomen is met een dergelijke procedure, niet geheel kan inschatten hoe hoog de 'volledige rechtsbijstandskosten' kunnen uitvallen. Je zou dus kunnen stellen dat, mocht er verder geen verduidelijking worden gegeven met betrekking tot deze kosten, dat er toch essentiële informatie wordt weggelaten aangezien een gemiddelde consument niet in staat is een inschatting te maken van de hoogte van de kosten. Om hier een goed oordeel over te kunnen vellen dienen wij te weten of het aan de cliënt verduidelijkt is hoe hoog deze kosten eventueel kunnen uitvallen en of hij/zij hier rekening mee houdt. Het blijft daarnaast ook lastig om art. 28 ex. art. 6:193 sub e als een misleidende handelspraktijk aan te merken aangezien de toelichting op art. 28 duidelijk de kosten vermeldt welke eventueel vergoed zouden moeten worden in een procedure. Een punt waar je over kan twisten is of het feit dat de hoogte van de kosten niet vermeldt is, kan worden aangemerkt als ontbrekende, essentiële informatie.

In art. 6:193g zijn daarnaast een groot aantal handelspraktijken opgenomen die onder alle omstandigheden als misleidend worden aangemerkt. Dit is de zogeheten zwarte lijst van de

⁴⁴ Rb. Amsterdam 18 mei 2011, LJN BQ6506

⁴⁵ A.G. Castermans, 'Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten,' MvV 2011, nummer 7/8, Boom juridisch.

misleidende handelspraktijken. Als art. 28 onder één van deze praktijken valt, is de praktijk als beschreven in art. 28 onder alle omstandigheden misleidend en dus vernietigbaar. Deze praktijken zijn ook gespecificeerd op de consument. Geen één van de praktijken lijkt van toepassing te zijn op artikel 28 aangezien er veelal wordt gesproken van een 'product' of van een 'handelaar' in deze bepalingen.

5.4.4 (Tussen)conclusie

Bij het bepalen of art. 28 valt onder een misleidende handelspraktijk ex. art. 193d jo. art. 193e sub e moet allereerst duidelijk zijn dat dit lastig is aangezien de toelichting van art. 28 duidelijk stelt welke kosten er eventueel vergoed zouden moeten worden en wanneer dit het geval is. Een opening om het artikel toch als een misleidende handelspraktijk aan te merken zou gelegen kunnen zijn in het feit dat een gemiddelde consument niet goed kan inschatten hoe hoog dergelijke 'extra' kosten dan kunnen uitvallen. Dit zou hem dan nog nader moeten worden medegedeeld. Al met al is art. 28 zelf echter lastig aan te merken als een misleidende handelspraktijk, maar zou men kunnen stellen dat er verduidelijking aan de cliënt moet worden gegeven omtrent deze kosten omdat de cliënt anders voor onaangename verrassingen zou kunnen komen te staan.

6 Verhouding met art. 6 EVRM: wordt het recht op toegang tot de rechter of het recht op een eerlijk proces beperkt door artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden?

Artikel 6 EVRM waarborgt het recht op een eerlijk proces en hieruit wordt ook het recht op toegang tot de rechter onder begrepen. Op basis van artikel 6 EVRM moet de toegang tot de rechter effectief zijn. Daarmee kunnen ook financiële drempels een schending van art. 6 EVRM tot gevolg hebben. In deze paragraaf zal ik onderzoeken op de volledige proceskostenvergoeding die artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden mogelijk maakt voor de bank gerechtvaardigd is in het licht van 6 EVRM.

Allereerst moet onderzocht worden of artikel 6 nu een strikte verplichting voor de lidstaten om dit recht absoluut te interpreteren en/of er uitzonderingen zijn? Artikel 6 EVRM kent geen beperkingsmogelijkheden die zijn te baseren op de verdragsrechtelijke formulering of op expliciete (lid 2) beperkingsclausules. Toch erkent het Hof ten aanzien van dit recht beperkingsmogelijkheden. Dit wordt door het Europese Hof ook wel de 'margin of appreciation' genoemd van grondrechten uit het EVRM. De beperkingsmogelijkheden in het kader van 6 EVRM betreffen 'meestal beperkingen als gevolg van bij de uitoefening van het recht in acht te nemen vormvoorschriften, termijnen, formaliteiten en procedure'.⁴⁶

Er wordt dus een ruime beoordelingsvrijheid gegeven aan de lidstaten bij de invulling van het recht op toegang tot de rechter maar er wordt niet toegestaan dat het recht in de kern wordt geraakt. De beperking moet daarnaast ook gericht zijn op een legitiem doel.

Bij de regeling van het recht op toegang toetst het Hof daarnaast ook of het beoogde doel van de beperking gerechtvaardigd is en of er een proportionele band bestaat tussen het doel en de daarvoor gebedigde middelen.

Wat is nu precies het verband tussen artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden en artikel 6 EVRM? Onder de toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM valt zowel de interne als de externe toegang tot de rechter. De externe toegang tot de rechter is in ons kader relevant en betreft onder meer de vraag in hoeverre de toegang tot de burgerlijke rechter financieel wordt gewaarborgd. De vraag dit in relatie tot 28 Algemene Bankvoorwaarden beantwoord moet worden is in hoeverre de extra kosten die de bank eventueel op zijn cliënt wil verhalen, een rem vormen op de toegang tot de rechter. Het moge allereerst duidelijk zijn dat kleinere partijen, zoals het MKB, minder financiële middelen tot hun beschikking hebben dan de bank. Als de bank dan op basis van artikel 28 Algemene Bankvoorwaarden een volledige proceskostenvergoeding eist verhoogt de

⁴⁶ T. van Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief' in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 24.

bank daarmee het financiële risico voor het MKB om te procederen. Zoals juist genoemd is, hebben de afzonderlijke lidstaten – en dus ook Nederland – een vrij ruime vrijheid om art. 6 EVRM te interpreteren en ook te beperken.

Dit houdt concreet in dat een volledige proceskostenvergoeding an sich niet meteen in strijd is met artikel 6 EVRM. Als een MKB'ers op basis van 6 EVRM zou gaan procederen zou door de rechter getoetst moeten worden of het recht op een effectieve toegang tot de rechter in de kern geraakt wordt.

Strijd met art. 6 EVRM betekent strijd met een grondrecht, wat valt te kwalificeren als schending van een fundamenteel rechtsbeginsel in de zin van art. 3:40 lid 1 BW (zie paragraaf 4.3, in het bijzonder 4.3.2.4), zodat de inhoud van art. 28 Algemene Bankvoorwaarden in strijd kan komen met de openbare orde of goede zeden. Derhalve zou de cliënt in kwestie zich op de nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW kunnen beroepen met een beroep op art. 6 EVRM.

7 Conclusie

In beginsel lijkt artikel 28 van de Algemene Bankvoorwaarden niet in strijd te zijn met de wet. Zorgelijk is wel dat deze algemene voorwaarde de redelijkheidstoets lijkt over te laten aan de bank zelf, de bank die de reële proceskosten begroot. Wellicht zijn er een aantal mogelijkheden om deze algemene voorwaarde ofwel te vernietigen, ofwel in het concrete geval buiten toepassing te laten. Met betrekking tot art. 6:233 sub a BW is de kans klein dat art 28 van de Algemene Bankvoorwaarden door een rechter zal worden gezien als onredelijk bezwarend. Uitsluitel valt hier echter niet over te geven, omdat er (nog) geen rechtspraak is over dit punt. Art. 6:248 lid 2 BW lijkt ook weinig soelaas te bieden. Voor het MKB bedrijf dat zich in een vergelijkbare positie bevindt als een consument is er misschien een kleine kans dat deze bepaling wordt gezien als oneerlijke handelspraktijk, maar ook deze optie geven wij weinig kans. Ook lijkt nietigheid op grond van art. 3:40 BW een niet heel waarschijnlijke optie. Daarnaast is een beroep op art. 6 EVRM problematisch, gezien de grote 'margin of appreciation'. Een beroep op art. 6 EVRM in het kader van art. 3:40 BW lijkt de beste mogelijkheid te zijn, maar het slagen van een dergelijk beroep achten wij onwaarschijnlijk. Bij gebrek aan concrete rechtspraak op dit punt, kunnen wij hier verder geen uitspraak over doen.

De conclusie die wij daarom trekken is dat er op dit moment waarschijnlijk niets zal kunnen worden ondernomen tegen art. 28 van de Algemene Bankvoorwaarden. Hiervoor dient ofwel de wet te worden aangepast/aangevuld, of de rechter zou tóch moeten bepalen dat deze voorwaarde niet door de beugel kan. Dit geven wij echter weinig kans, gezien het hierboven besprokene.

Ten slotte is er nog iets zeer opvallend, wat in deze notitie onbesproken is gebleven en aanzet geeft tot nader onderzoek. Bij het bekijken van de Algemene Bankvoorwaarden kwamen wij er namelijk achter dat de reële proceskostenvergoeding van art. 28 pas in de laatste versie van de Algemene Bankvoorwaarden te vinden is. In voorgaande versies was dit niet het geval. In de toelichting op de bankvoorwaarden 1995 bij artikel 28⁴⁷ staat zelfs:

'In de eerste alinea van dit artikel is bepaald, dat met betrekking tot de kosten van rechtsbijstand terzake van geschillen tussen de cliënt en de bank, de normale regels van procesrecht gelden. De kostenveroordeling door de rechter of de geschillencommissie is dus beslissend, ongeacht de vraag of de bank en de cliënt meer kosten hebben gemaakt dan het door de rechter of de geschillencommissie toegewezen bedrag.'

De reden voor dit omslagpunt – van het conformeren aan het wettelijk stelsel naar het vastleggen van een reële proceskostenvergoeding – kan in de toekomst nader worden onderzocht.

⁴⁷ Toelichting op de Algemene Bankvoorwaarden 1995, p. 11 (https://www.nvb.nl/media/document/001206_abv-ned-algemene-bankvoorwaarden-1995-toelichting.pdf)