



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL  
H. SAUGMANDSGAARD ØE  
van 2 juni 2016<sup>1</sup>

**Zaak C-119/15**

**Biuro podróży „Partner” Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej  
tegen  
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

[verzoek van de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (appelrechter te Warschau, civiele kamer, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Bescherming van de consument — Richtlijn 93/13/EEG — Richtlijn 2009/22/EG — Werking erga omnes van een rechterlijke beslissing houdende vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in algemene voorwaarden vanaf het tijdstip van inschrijving van dit beding in een openbaar register — Geldboete voor de verkoper die een dergelijk beding of een soortgelijk beding in zijn algemene voorwaarden heeft gebruikt maar geen partij was in de procedure tot vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding — Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Recht om te worden gehoord”

### I – Inleiding

1. Een rechterlijke beslissing waarbij een beding in een consumentenovereenkomst als oneerlijk wordt aangemerkt, kan uiteraard bindende werking hebben als juridisch precedent. Kunnen de lidstaten aan een dergelijke beslissing evenwel een werking erga omnes toekennen, zodat zij ook verkopers bindt die geen partij waren in de procedure? Dat is de vraag waarover het Hof zich in deze zaak dient te buigen.

2. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding tussen een verkoper en de Poolse autoriteiten voor mededingings- en consumentenbescherming over een geldboete die aan deze verkoper is opgelegd op grond dat hij in zijn overeenkomsten met consumenten algemene bedingen gebruikt die worden geacht overeen te komen met bedingen die eerder als oneerlijk zijn aangemerkt en daarom in een openbaar register zijn ingeschreven, hoewel deze verkoper geen partij was in de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van het oneerlijke karakter van de bedingen in het register.

3. De verwijzende rechter wenst in wezen vooral van het Hof te vernemen of artikel 6, lid 1, en artikel 7 van richtlijn 93/13/EEG<sup>2</sup> juncto de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22/EG<sup>3</sup>, zich verzetten tegen een wettelijke regeling als aan de orde in het bij hem aanhangig gemaakte geding.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29).

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PB 2009, L 110, blz. 30).

4. Tegen die achtergrond wordt het Hof voor het eerst verzocht te bepalen hoever de procedurele autonomie van de lidstaten in het kader van richtlijn 93/13 reikt en hoe de doeltreffende bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen en het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) gewaarborgde recht van de verkoper om te worden gehoord met elkaar in evenwicht kunnen worden gebracht.

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – *Unierecht*

#### 1. Richtlijn 93/13

#### 5. Artikel 3 van richtlijn 93/13 luidt:

„1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.

[...]

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.”

6. Wat de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst betreft, bepaalt artikel 4, lid 1, van deze richtlijn het volgende:

„1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

7. Artikel 6, lid 1, van de richtlijn luidt:

„1. De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.”

8. In artikel 7 van richtlijn 93/13 is bepaald:

„1. De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.

2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen.

3. Met inachtneming van de nationale wetgeving kunnen de in lid 2 vermelde beroepen, afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruikmaken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of gelijksoortige algemene contractuele bedingen.”

9. Artikel 8 van richtlijn 93/13 bepaalt dat de lidstaten strengere bepalingen dan die van de richtlijn kunnen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Verdrag.

10. Artikel 8 bis, lid 1, van richtlijn 93/13 luidt<sup>4</sup>:

„1. Indien een lidstaat bepalingen vaststelt overeenkomstig artikel 8, stelt deze de Commissie hiervan op de hoogte, alsmede van eventueel daarna doorgevoerde wijzigingen, met name wanneer deze bepalingen:

[...]

— lijsten met bedingen die als oneerlijk worden beschouwd bevatten.”

2. Richtlijn 2009/22

11. Artikel 1 van richtlijn 2009/22, in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende versie, met als opschrift „Toepassingsgebied”, bepaalt:

„1. Deze richtlijn heeft tot doel de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende verbodsacties als bedoeld in artikel 2 ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten, die zijn opgenomen in de in bijlage I genoemde richtlijnen, teneinde de goede werking van de interne markt te waarborgen.

2. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder ‚inbreuk’ verstaan: elke handeling die strijdig is met de bepalingen van de in bijlage I vermelde richtlijnen, als omgezet in de interne rechtsorde van de lidstaten en waardoor de in lid 1 bedoelde collectieve belangen worden geschaad.”

12. Bijlage I bij richtlijn 2009/22, met als opschrift „Lijst van de in artikel 1 bedoelde richtlijnen”, vermeldt in punt 5 richtlijn 93/13.

4 — Artikel 8 bis was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding nog niet van kracht. Dit artikel is ingevoerd bij richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG [van de Raad] en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64). Volgens artikel 28, lid 2, van richtlijn 2011/83 is deze richtlijn van toepassing op overeenkomsten die na 13 juni 2014 zijn of worden gesloten.

13. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 2009/22 („Verbodsacties”) luidt:

„1. De lidstaten wijzen de rechterlijke of administratieve instanties aan die bevoegd zijn om uitspraak te doen in door de in artikel 3 bedoelde bevoegde instanties ingestelde procedures, die erop zijn gericht dat:

- a) zo spoedig mogelijk, zo nodig in het kader van een kort geding, wordt gelast een inbreuk te doen staken, respectievelijk die inbreuk wordt verboden;
- b) zo nodig maatregelen worden getroffen zoals volledige of gedeeltelijke bekendmaking van de beslissing in een passend geachte vorm en/of publicatie van een rechtzetting, die gericht zijn op het beëindigen van de aanhoudende gevolgen van de inbreuk;
- c) voor zover de rechtsorde van de betrokken lidstaat dit toestaat, de in het ongelijk gestelde gedaagde ertoe wordt veroordeeld, ingeval deze zich niet binnen de door de rechterlijke of administratieve instantie vastgestelde termijn naar de uitspraak voegt, aan de schatkist of aan een bij of krachtens de nationale wetgeving aangewezen begunstigde een bepaald bedrag per dag vertraging of een ander in de nationale wetgeving voorzien bedrag ter waarborging van de naleving van de uitspraken te betalen.”

B – *Pools recht*

1. Wet betreffende de bescherming van de mededinging en de consumenten

14. Artikel 24, lid 1 en lid 2, punt 1, van de Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (wet betreffende de bescherming van de mededinging en de consumenten) van 16 februari 2007 (Dz. U. nr. 50, volgnummer 331), in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding (hierna: „wet BMC”), bepaalt<sup>5</sup>:

„1. Praktijken die de collectieve belangen van de consumenten schaden, zijn verboden.

2. Onder ‚praktijk die de collectieve belangen van de consumenten schaadt’ wordt verstaan elke onrechtmatige handelwijze van een verkoper die deze belangen in het gedrang brengt, inzonderheid:

- 1) het gebruik van algemene bedingen die zijn ingeschreven in het register van onrechtmatig geachte algemene bedingen als bedoeld in artikel 479<sup>45</sup> van de wet inzake het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van 17 november 1964 (Dz. U. nr. 43, volgnummer 296, zoals gewijzigd) [...]”.

15. In artikel 26, lid 1, van de wet BMC is het volgende bepaald:

„1. Wanneer de [voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming] een schending van het verbod van artikel 24 vaststelt, verklaart hij bij beschikking dat de praktijk in kwestie de collectieve belangen van de consumenten schaadt en moet worden gestaakt.”

<sup>5</sup> — Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat artikel 24, lid 2, punt 1, van de wet BMC is ingevoerd ter omzetting van richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PB 1998, L 166, blz. 51), die met ingang van 29 december 2009 is ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2009/22.

16. Artikel 106, lid 1, aanhef en punt 4, van de wet BMC luidt:

„1. De [voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming] kan de verkoper bij beschikking een geldboete opleggen van ten hoogste 10 % van de omzet die is behaald in het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de boete wordt opgelegd, indien de verkoper, al is het onbedoeld:

[...]

4) zich heeft bediend van een praktijk die de collectieve belangen van de consumenten schaadt in de zin van artikel 24.”

2. Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

17. In artikel 479<sup>42</sup>, lid 1, artikel 479<sup>43</sup> en artikel 479<sup>45</sup>, leden 1 tot en met 3, van de Ustawa – Kodeks postępowania cywilnego (wet inzake het wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 17 november 1964 (Dz. U. van 2014, volgnummer 101), in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding (hierna: „wetboek BRV”), is bepaald<sup>6</sup>:

„Artikel 479<sup>42</sup>

1. Indien de vordering door de rechtbank wordt toegewezen, vermeldt deze in het dictum van haar uitspraak de inhoud van de onrechtmatig bevonden algemene bedingen en verbiedt zij het gebruik van die bedingen.

[...]

Artikel 479<sup>43</sup>

De in kracht van gewijsde gegane uitspraak is bindend voor derden vanaf het tijdstip waarop het onrechtmatig geachte algemene beding wordt ingeschreven in het register als bedoeld in artikel 479<sup>45</sup>, lid 2.

[...]

Artikel 479<sup>45</sup>

1. Een afschrift van de in kracht van gewijsde gegane uitspraak houdende toewijzing van de vordering wordt door de rechtbank aan de [voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming] toegezonden.

2. De [voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming] houdt op basis van de in lid 1 bedoelde uitspraken het register van onrechtmatig geachte algemene bedingen bij.

3. Het in lid 2 bedoelde register is openbaar.”

6 — Uit de verwijzingsbeslissing kan worden opgemaakt dat artikel 479<sup>42</sup>, lid 1, artikel 479<sup>43</sup> en artikel 479<sup>45</sup>, leden 1-3, van het wetboek BRV in het Poolse recht zijn ingevoerd ter omzetting van richtlijn 93/13.

### III – Feiten en hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

18. Bij beschikking van 22 november 2011 heeft de voorzitter van de Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming, Polen; hierna: „UOKiK”) een geldboete van 21 127 Poolse zloty (PLN) (ongeveer 4 940 EUR) opgelegd aan HK Zakład Usługowo Handlowy „Partner” Sp. z o.o. (hierna: „HK Partner”), een vennootschap die onder meer actief is in de toeristische dienstverlening. Deze beschikking, die is vastgesteld op grond van artikel 24, lid 1 en lid 2, punt 1, en artikel 106, lid 1, punt 4, van de wet BMC, berust op de overweging dat HK Partner bij de verkoop van reizen algemene bedingen heeft gebruikt die geacht worden overeen te komen met bedingen die eerder onrechtmatig zijn geacht en vervolgens zijn ingeschreven in het openbare register van oneerlijke bedingen als bedoeld in artikel 47<sup>9</sup>, lid 2, van het wetboek BRV (hierna: „register van oneerlijke<sup>7</sup> bedingen”).

19. HK Partner heeft bij de Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (regionale rechtbank te Warschau – rechtbank voor mededingings- en consumentenbescherming; hierna: „SOKiK”) tegen de beschikking van de voorzitter van de UOKiK van 22 november 2011 beroep ingesteld, strekkende tot nietigverklaring van deze beschikking en, subsidiair, tot verlaging van de geldboete. Tijdens de procedure bij de SOKiK is HK Partner opgesplitst, wat ertoe heeft geleid dat alle met de toeristische activiteit verband houdende rechten en verplichtingen van HK Partner zijn overgegaan op verzoekster, de vennootschap Biuro podróży „Partner” Sp. z o.o. (hierna: „Biuro podróży Partner”). Bij vonnis van 19 november 2013 heeft de SOKiK het beroep afgewezen en zich aangesloten bij het standpunt van de voorzitter van de UOKiK dat de door HK Partner gebruikte bedingen overeenkwamen met de bedingen in het register van oneerlijke bedingen.

20. Biuro podróży Partner heeft bij de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (appelrechter te Warschau, civiele kamer) hoger beroep ingesteld, strekkende tot nietigverklaring van de beschikking van 22 november 2011 van de voorzitter van de UOKiK en, subsidiair, tot vernietiging van het vonnis van 19 november 2013 van de SOKiK en tot terugverwijzing van de zaak naar deze rechter voor heroverweging.

21. Aangezien de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny twijfels heeft over de uitlegging van het Unierecht, heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

- „1) Kan het gebruik van algemene bedingen die inhoudelijk overeenkomen met bedingen die bij in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak onrechtmatig zijn verklaard en in het register van onrechtmatig geachte algemene bedingen zijn ingeschreven, in het licht van artikel 6, lid 1, en artikel 7 van [richtlijn 93/13] juncto de artikelen 1 en 2 van [richtlijn 2009/22] worden aangemerkt als een onrechtmatige handeling die vanuit het oogpunt van het nationale recht een praktijk vormt die inbreuk maakt op de collectieve belangen van consumenten en om die reden de oplegging van een geldboete in een nationale bestuursrechtelijke procedure rechtvaardigt, wanneer die bedingen worden gebruikt door een ondernemer die geen partij was in de procedure die heeft geleid tot de inschrijving ervan in het register van onrechtmatig geachte algemene bedingen?
- 2) Is in het licht van artikel 267, derde alinea, VWEU de rechterlijke instantie in tweede aanleg, waarvan de in hoger beroep gewezen beslissing overeenkomstig het Poolse wetboek van burgerlijke rechtsvordering vatbaar is voor cassatie, een rechterlijke instantie waarvan de

7 — De term „oneerlijk” komt niet voor in de Poolse wettelijke regeling, waarin veelal wordt gesproken over „onrechtmatig” (zie de punten 14-17 van deze conclusie). Ik meen evenwel te kunnen stellen dat beide termen dezelfde betekenis hebben, aangezien de Poolse regeling is ingevoerd ter omzetting van het Unierecht. De betwiste, door HK Partner gebruikte bedingen hebben betrekking op de aansprakelijkheid van de deelnemer, dat wil zeggen de consument, voor schade die door zijn schuld of die van onder zijn verantwoordelijkheid vallende personen is ontstaan, en bepalen voorts dat HK Partner niet aansprakelijk is wanneer zich bepaalde gebeurtenissen voordoen en dat geen terugbetaling plaatsvindt voor prestaties waarvan de deelnemer geen gebruik maakt. Een van de betwiste bedingen luidt bijvoorbeeld: „[HK Partner] verstrekt geen vergoeding voor prestaties waarvan de deelnemer door eigen toedoen geen gebruik kan maken.”

beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, of is de Sąd Najwyższy (hoogste gerechtshof, Polen), die op het beroep in cassatie dient te beslissen, als zodanig aan te merken?”

22. Gelet op de heldere rechtspraak van het Hof over de uitlegging van artikel 267, derde alinea, VWEU<sup>8</sup> werpt de tweede prejudiciële vraag geen nieuwe rechtsvragen op. Derhalve hoeft enkel conclusie te worden genomen aangaande de eerste, niet eerder gestelde prejudiciële vraag.

23. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Poolse regering en de Europese Commissie, die tevens hebben deelgenomen aan de terechtzitting, die op 9 maart 2016 heeft plaatsgevonden.

#### IV – Juridische analyse

##### A – Voorafgaande opmerkingen

1. Pools stelsel ter bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen

24. Om te beginnen zal ik enige toelichting verstrekken bij het Poolse stelsel ter bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen, dat voor dergelijke bedingen drie typen toetsing kent, te weten individuele toetsing, abstracte toetsing en administratieve toetsing.<sup>9</sup>

25. Individuele toetsing vindt plaats in geval van gedingen voor gewone rechters tussen consumenten en verkopers over de vraag of bedingen in specifieke overeenkomsten als oneerlijk te beschouwen zijn. De rechterlijke beslissing in het kader van een individuele toetsing bindt enkel de partijen in de procedure.

26. De abstracte toetsing daarentegen wordt verricht door een gespecialiseerde rechter, de SOKiK, volgens een specifieke procedure die wordt geregeld in, onder andere, artikel 479<sup>42</sup>, lid 1, artikel 479<sup>43</sup> en artikel 479<sup>45</sup>, leden 1 tot en met 3, van het wetboek BRV.<sup>10</sup> Deze toetsing, die alleen betrekking heeft op bedingen in algemene voorwaarden, heeft tot doel een einde te maken aan oneerlijke bedingen. De SOKiK baseert zich bij zijn beoordeling op de bewoordingen van het betwiste beding en bekommert zich dus niet om de vraag hoe dat beding in specifieke overeenkomsten wordt gebruikt.<sup>11</sup> De SOKiK kan onder andere worden aangezocht door iedere consument, ongeacht of deze door een overeenkomst gebonden is, door niet-gouvernementele organisaties die opkomen voor de belangen van consumenten en door de voorzitter van de UOKiK.<sup>12</sup>

8 — Zie met name arresten van 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punten 16-19), en 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punten 75-79).

9 — De beschrijving hieronder van het Poolse stelsel berust op de informatie die door de verwijzende rechter is verstrekt en door de Poolse regering is aangevuld. Deze informatie lijkt niet ter discussie te staan. Zie aangaande het Poolse stelsel Trzaskowski, R., „Skutki uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i jego wpisu do rejestru w sferze przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów (artikel 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i.k.) w świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”, *Prawo w działaniu sprawy cywilne*, 20/2014, blz. 123. Het Poolse stelsel voor consumentenbescherming blijkt te zijn gewijzigd bij de Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (wet tot wijziging van de wet betreffende de bescherming van de mededinging en de consumenten en enkele andere wetten) van 5 augustus 2015 (Dz. U. 2015, volgnummer 1634). Deze wijziging is echter pas op 17 april 2016 van kracht geworden; de procedures die voor die datum zijn ingeleid, worden volgens de eerder bestaande regels voortgezet (artikel 8 van deze wet).

10 — Zie punt 17 van deze conclusie.

11 — Volgens de Poolse regering stelt de SOKiK bij de abstracte toetsing de „normatieve inhoud” van het beding in kwestie vast.

12 — Volgens artikel 479<sup>38</sup>, leden 1 en 2, van het wetboek BRV kan de abstracte toetsing ook worden verricht op verzoek van een regionale ombudsman voor consumentenbescherming, en onder bepaalde voorwaarden eveneens op verzoek van een buitenlandse organisatie die is ingeschreven op de lijst van buitenlandse organisaties die bevoegd zijn om in de lidstaten een vordering tot onrechtmatigverklaring van bedingen in algemene voorwaarden in te stellen, welke lijst in het Publicatieblad van de Unie wordt gepubliceerd.

27. Wanneer de SOKiK in het kader van de abstracte toetsing beslist dat een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is, vermeldt hij overeenkomstig artikel 479<sup>42</sup>, lid 1, van het wetboek BRV in het dictum van zijn uitspraak de inhoud van het betwiste beding en verbiedt hij het gebruik daarvan. Vervolgens wordt de in kracht van gewijsde gegane uitspraak houdende toewijzing van de vordering gepubliceerd en wordt het oneerlijk bevonden beding ingeschreven in het door de voorzitter van de UOKiK bijgehouden register van oneerlijke bedingen. Wanneer een beding eenmaal in het register is ingeschreven, kan het volgens de Poolse regering niet meer worden gecorrigeerd en evenmin uit het register worden geschrapt.

28. De administratieve toetsing houdt volgens de Poolse regering nauw met de abstracte toetsing verband, daar zij bestaat in de tenuitvoerlegging van de uitspraken van de SOKiK. Bij de administratieve toetsing stelt de voorzitter van de UOKiK namelijk vast of het betwiste beding gelijk is aan of overeenkomt met een in het register van oneerlijke bedingen ingeschreven contractueel beding, gelet op met name de inhoud van het betwiste beding en de gevolgen ervan voor de consument. De vergeleken bedingen hoeven niet inhoudelijk identiek te zijn om overeen te komen. De vaststelling dat het betwiste beding dezelfde strekking heeft als het in het register ingeschreven beding kan volstaan. De verkoper wiens algemene voorwaarden aan een administratieve toetsing worden onderworpen, zal doorgaans niet het oneerlijke karakter van het betwiste beding in de specifieke omstandigheden van het geval kunnen betwisten, doch enkel de vaststelling dat dit beding overeenkomt met eerder in het register ingeschreven bedingen.

29. Indien de voorzitter van de UOKiK een schending van het verbod van artikel 24, lid 2, punt 1, van de wet BMC vaststelt<sup>13</sup>, gelast hij bij beschikking dat de voor de collectieve belangen van de consumenten schadelijke praktijk wordt gestaakt en eventueel dat de verkoper uit hoofde van artikel 106, lid 1, punt 4, van deze wet een geldboete wordt opgelegd.

30. De beschikkingen van de voorzitter van de UOKiK zijn onderworpen aan rechterlijke toetsing door de SOKiK als rechter in eerste aanleg en door de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny als rechter in tweede aanleg.<sup>14</sup> Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat deze rechterlijke toetsing niet tot doel heeft na te gaan of het betwiste beding oneerlijk is, maar enkel of het met andere bedingen in het register van oneerlijke bedingen overeenkomt.

## 2. Inhoud van de eerste prejudiciële vraag

31. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat er twijfel bestaat over de uitlegging van artikel 24, lid 2, punt 1, van de wet BMC en van artikel 479<sup>43</sup> van het wetboek BRV<sup>15</sup>, waarover zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer verschillend wordt gedacht. Volgens de verwijzende rechter worden ter zake twee opvattingen verdedigd.

13 — Artikel 24, lid 2, punt 1, van de wet BMC heeft volgens de bewoordingen ervan betrekking op het „gebruik van algemene bedingen die zijn ingeschreven in het register [...]”. Naar de mening van de Poolse regering blijkt uit de rechtspraak van de Sąd Najwyższy en de SOKiK evenwel dat ook het gebruik van „soortgelijke” bedingen wordt geacht de collectieve belangen van de consumenten te schaden in de zin van dit artikel.

14 — Voorts kan nadien beroep in cassatie worden ingesteld bij de Sąd Najwyższy.

15 — De verwijzende rechter refereert in dit verband aan lid 2 van artikel 479<sup>43</sup>. Dat moet wel een schrijffout zijn, aangezien dit lid 2 noch in het overzicht van het door de verwijzende rechter verstrekte nationale recht, noch in de opmerkingen van de Poolse regering en de Commissie voorkomt.



32. Volgens de eerste opvatting, die in het hoofdgeding door de voorzitter van de UOKiK wordt verdedigd en die is gebaseerd op een letterlijke uitlegging van artikel 479<sup>43</sup> van het wetboek BRV, werken de door de SOKiK in het kader van de abstracte toetsing gegeven beslissingen erga omnes en binden zij dus alle verkopers zodra het beding in kwestie in het register van oneerlijke bedingen is ingeschreven<sup>16</sup> (hierna: „eerste opvatting”).

33. Volgens de tweede opvatting, zoals deze door de verwijzende rechter en de Poolse regering is beschreven, ziet een beslissing van de SOKiK waarbij een algemeen beding onrechtmatig wordt verklaard, enkel op het concrete, in de procedure betwiste beding en bindt zij uitsluitend de partijen in het geding.

34. De verwijzende rechter is van oordeel dat voor de juiste uitlegging van de betrokken nationale bepalingen rekening moet worden gehouden met de eisen van het Unierecht, hetgeen het verzoek om een prejudiciële beslissing rechtvaardigt. Meer bepaald vraagt deze rechter zich af of artikel 6, lid 1, en artikel 7 van richtlijn 93/13 en de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22 in de weg staan aan de toepasselijke Poolse wettelijke regeling als uitgelegd volgens de eerste opvatting, en in het bijzonder of een dergelijke uitlegging strookt met het grondrecht van de verkoper om te worden gehoord.

35. Weliswaar staat het niet aan het Hof in een krachtens artikel 267 VWEU ingeleide procedure uitspraak te doen over de uitlegging van bepalingen van intern recht – en over de daaronder vallende vraag welke van twee uitleggingswijzen dient te worden gevolgd – en kan het zich evenmin uitspreken over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met bepalingen van Unierecht, aangezien deze taken uitsluitend toekomen aan de verwijzende rechter, maar het is wel bevoegd in zijn prejudiciële beslissing de nationale rechter alle gegevens over de uitlegging van het Unierecht te verschaffen die deze rechter in staat stellen te beoordelen of de nationale bepalingen met de Unieregeling verenigbaar zijn.<sup>17</sup>

36. Ik breng in dit verband in herinnering dat het aan de verwijzende rechter staat om binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke te doen om, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de op het hoofdgeding van toepassing zijnde nationale regels uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van het Unierecht, teneinde de volle werking van richtlijn 93/13 te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee nagestreefde doel.<sup>18</sup>

37. Ik ben van mening dat de eerste prejudiciële vraag, ondanks de formulering ervan, in het licht van richtlijn 93/13 als geheel moet worden onderzocht en dat daarbij tevens de eisen die voortvloeien uit het Handvest, met name artikel 47 inzake het recht om te worden gehoord, in aanmerking moeten worden genomen. Dienaangaande wijs ik erop dat het Hof, teneinde de rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag heeft voorgelegd, een bruikbaar antwoord te geven, bepalingen van het Unierecht in aanmerking kan nemen waarvan de nationale rechter in de formulering van zijn vraag geen melding heeft gemaakt.<sup>19</sup>

16 — In dit verband maakt de verwijzende rechter onderscheid tussen de „subjectieve” en „objectieve” werking van een uitspraak waarbij een contractueel beding oneerlijk wordt bevonden; de subjectieve werking van de uitspraak strekt zich uit tot personen die geen partij waren in de procedure bij de SOKiK, en de objectieve werking ervan houdt in dat de uitspraak niet alleen voor identieke maar ook voor soortgelijke bedingen gevolgen heeft.

17 — Zie arresten van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 26 november 2014, Mascolo e.a. (C-22/13, C-61/13–C-63/13 en C-418/13, EU:C:2014:2401, punten 81 en 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Zie in die zin arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Gezien de rechtspraak van de Sąd Najwyższy komt het me voor dat de verwijzende rechter een zekere speelruimte heeft bij de uitlegging van de relevante nationale bepalingen.

19 — Zie arrest van 14 juni 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38. De prejudiciële vraag dient volgens mij dan ook zo te worden opgevat dat zij ertoe strekt te vernemen of richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22 en artikel 47 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een geldboete wordt opgelegd aan een verkoper die in zijn overeenkomsten met consumenten algemene bedingen gebruikt die worden geacht overeen te komen met bedingen die reeds oneerlijk zijn bevonden en om die reden in een openbaar register zijn ingeschreven, hoewel die verkoper geen partij was in de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van het oneerlijke karakter van de in het register opgenomen bedingen.

## B – *Uitlegging van richtlijn 93/13*

### 1. Algemene opmerkingen

39. Het beschermingsstelsel van richtlijn 93/13 berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie beschikt dan deze laatste.<sup>20</sup> Dienaangaande leggen de artikelen 6 en 7 van deze richtlijn de lidstaten de verplichting op ervoor te zorgen dat er „doeltreffende en geschikte middelen” bestaan om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>21</sup> en te bepalen dat oneerlijke bedingen consumenten niet binden, waarmee, in de woorden van het Hof, wordt beoogd „het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt”<sup>22</sup>.

40. Het lijkt weinig twijfel dat met een systeem als in de Poolse wettelijke regeling is neergelegd, een hoog niveau van consumentenbescherming kan worden verzekerd.<sup>23</sup> Een dergelijk systeem, waarbij aan beslissingen die op basis van de abstracte toetsing worden gewezen werking erga omnes wordt toegekend en substantiële geldboeten aan verkopers kunnen worden opgelegd<sup>24</sup>, roept snel en doeltreffend een halt toe aan het gebruik van oneerlijk bevonden bedingen en van daarmee overeenkomende bedingen met vergelijkbare negatieve gevolgen voor de consument. Daarnaast verhindert een dergelijk systeem dat de wettelijke regels via minimale redactionele of stilistische aanpassingen van reeds verboden bedingen worden omzeild.<sup>25</sup>

20 — Zie arresten van 14 april 2016, Sales Sinués en Drame Ba (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 22), en 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731, punten 17 en 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Op die grond heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter gehouden is ambtshalve te toetsen of een binnen de werkingsfeer van deze richtlijn vallend contractueel beding oneerlijk is zodra hij over de daarvoor noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Zie arresten van 21 april 2016, Radlinger en Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, punt 62); 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punt 35); 9 november 2010, VB Pénzügyi Lizing (C-137/08, EU:C:2010:659, punt 56), en 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 46). Zie aangaande de reikwijdte van deze verplichting van de nationale rechter arresten van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349); 18 februari 2016, Finamadrid EFC (C-49/14, EU:C:2016:98), en 30 mei 2013, Jórös (C-397/11, EU:C:2013:340), en conclusies van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Radlinger en Radlingerová (C-377/14, EU:C:2015:769) en van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Banco Primus (C-421/14, EU:C:2016:69).

21 — Zie ook de vierde en de eenentwintigste overweging van richtlijn 93/13.

22 — Zie arresten van 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Hof heeft tevens geoordeeld dat artikel 6 van richtlijn 93/13 moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden. Zie in dit verband arresten van 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punt 52), en 30 mei 2013, Asbeek Brusse en De Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, punt 44).

23 — Het doel van een hoog niveau van consumentenbescherming is ook vastgelegd in artikel 169, lid 1, VWEU en in artikel 38 van het Handvest.

24 — Krachtens artikel 106, lid 1, punt 4, van de wet BMC kunnen geldboeten worden opgelegd ten belope van maximaal 10 % van de omzet van de betrokken verkoper. Zie punt 16 van deze conclusie.

25 — De Poolse regering wijst erop dat een van de grootste problemen bij het tegengaan van oneerlijke bedingen is dat deze bedingen door andere verkopers eenvoudig kunnen worden verspreid en vermenigvuldigd en na cosmetische aanpassingen opnieuw kunnen worden gebruikt.

41. Zoals de Poolse regering opmerkt, voorziet richtlijn 93/13 niet in een specifiek model dat de lidstaten moeten toepassen om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Evenmin vermeldt de richtlijn welke rechtsgevolgen aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding moeten worden verbonden, daar zij op het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten berust. Zo verwijst artikel 6, lid 1, van deze richtlijn naar de in het nationale recht van de lidstaten geldende voorwaarden<sup>26</sup>, en artikel 8 ervan staat de lidstaten zelfs toe striktere bepalingen dan die van de richtlijn vast te stellen of te handhaven.<sup>27</sup> Dit betekent echter niet dat de lidstaten absolute vrijheid hebben om striktere bepalingen inzake oneerlijke bedingen vast te stellen. Zoals blijkt uit artikel 8 van richtlijn 93/13, moeten dergelijke bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag.

42. Anders dan de Poolse regering ben ik van mening dat een regeling als die welke wordt bepleit door aanhangers van de eerste opvatting, niet voldoet aan de eisen die voortvloeien uit richtlijn 93/13, gelezen in het licht van het Handvest. Ik kom tot deze conclusie op basis van de hiernavolgende overwegingen, waarin ik inga op de argumenten die de Poolse regering en de Commissie hebben aangevoerd.

## 2. Concrete, afzonderlijke beoordeling van het oneerlijke karakter

### a) Artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13

43. Volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een consumentenovereenkomst „alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft”.<sup>28</sup>

44. Een contractueel beding kan dus, wat de beoordeling van het oneerlijke karakter betreft, niet los van de context ervan worden gezien. Deze beoordeling is, met andere woorden, niet absoluut, maar relatief, aangezien zij afhangt van de specifieke feiten rond de sluiting van de overeenkomst<sup>29</sup>, waaronder het cumulatieve effect van alle bedingen daarvan<sup>30</sup>.

26 — Zie dienaangaande arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punt 26). Voor de procesregels van de lidstaten geldt evenwel de dubbele voorwaarde dat zij niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties naar nationaal recht gelden (gelijkheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht aan consumenten verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). Zie arresten van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punt 25), en 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Zie ook arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 40), waarin het Hof benadrukt dat de sanctie van nietigverklaring van een oneerlijk beding krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 andere soorten doeltreffende en geschikte sancties waarin de nationale wettelijke regelingen voorzien, niet uitsluit.

28 — Zie ook de vijftiende overweging van richtlijn 93/13, waarin staat te lezen dat „de criteria voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen op algemene wijze moeten worden vastgesteld”, alsook de zestiende, de achttiende en de negentiende overweging, waarin de elementen worden genoemd die in dit verband in aanmerking kunnen worden genomen, te weten, onder andere, het vereiste van goede trouw, de sterke of minder sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen, de aard van de goederen of diensten, het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de prijs-kwaliteitverhouding.

29 — Zie arresten van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punt 41); 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209, punten 21 en 22), en 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 66).

30 — Zie arrest van 21 april 2016, Radlinger en Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, punt 95).

45. Uit de vaste rechtspraak van het Hof volgt tevens dat het zich niet kan uitspreken over de toepassing van de door de Uniewetgever ter afbakening van het begrip oneerlijk beding gebruikte algemene criteria op een specifiek beding, dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval, welke beoordeling is voorbehouden aan de nationale rechter.<sup>31</sup>

46. Het is dus mogelijk dat een contractueel beding in bepaalde omstandigheden als oneerlijk wordt beschouwd en in andere omstandigheden niet<sup>32</sup>, met name naargelang van de prijs die de consument heeft betaald<sup>33</sup>. De beoordeling van het oneerlijke karakter zou ook mettertijd kunnen veranderen door een wijziging van het op de overeenkomst toepasselijke recht.<sup>34</sup>

47. Uiteraard bestaan er contractuele bedingen die overduidelijk oneerlijk zijn, zodat de beoordeling die de nationale rechter krachtens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 moet verrichten, eenvoudiger wordt, al blijft zij concreet. Vaak zullen dergelijke bedingen ook in strijd zijn met de dwingende regels van het nationale consumenten- of verbintenissenrecht.

48. Een beslissing van een nationale rechter waarbij een contractueel beding in algemene zin als oneerlijk of strijdig met bepalingen van dwingend recht wordt aangemerkt, zou natuurlijk als precedent grote indirecte gevolgen hebben voor andere verkopers die in hun overeenkomsten met consumenten dezelfde of soortgelijke bedingen gebruiken, aangezien dergelijke verkopers uiteraard kunnen verwachten dat een rechterlijke toetsing van hun overeenkomsten een vergelijkbare beoordeling zal opleveren. Feit blijft evenwel dat de beoordeling van het oneerlijke karakter per overeenkomst varieert naargelang van de specifieke omstandigheden en het toepasselijke recht rond de betrokken overeenkomst en het beding in kwestie.

49. Een regeling die in algemene zin bepaalt dat het oneerlijke karakter van algemene bedingen onherroepelijk wordt vastgesteld in een rechterlijke procedure waarbij deze bedingen in abstracto worden onderzocht, lijkt mij dan ook moeilijk verenigbaar, om niet te zeggen onverenigbaar, met het vereiste van een concrete, op de specifieke omstandigheden gebaseerde beoordeling van het oneerlijke karakter dat is vastgelegd in artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13.

31 — Zie arresten van 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209, punt 22), en 4 juni 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350, punt 42). Weliswaar heeft het Hof in het arrest van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores* (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punt 24), geoordeeld dat een van tevoren door een verkoper opgesteld beding dat de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bevoegd verklaart voor de beslechting van alle uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen, voldoet aan alle criteria om op grond van richtlijn 93/13 als oneerlijk te worden aangemerkt, maar uit de latere rechtspraak volgt dat deze zaak een zeer uitzonderlijk geval betrof. Zie arrest van 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209, punten 22 en 23), waarin het Hof heeft verduidelijkt dat de zaak *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores* betrekking had op „een beding dat uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekte en geen tegenprestatie voor de consument inhield, waardoor ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk werd gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van de door [richtlijn 93/13] aan de consument toegekende rechten. Het was dus mogelijk om het oneerlijke karakter van dit beding vast te stellen zonder dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst hoefden te worden onderzocht en zonder dat de voor- en nadelen die in het op de overeenkomst toepasselijke nationale recht aan dit beding verbonden waren, hoefden te worden beoordeeld.”

32 — Zie in dezelfde zin punt 72, voetnoot 46, van de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de gevoegde zaken *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:15), waarin deze opmerkt: „Een contractueel beding kan [...] in abstracto niet oneerlijk zijn, maar wel oneerlijk zijn in bepaalde omstandigheden, of het kan mogelijkwijs oneerlijk zijn, maar in een concrete situatie het resultaat zijn van afzonderlijke onderhandelingen, zodat het bindend is voor de betrokken consument.”

33 — Ik noem als voorbeeld een beding als in het onderhavige geval aan de orde is, dat bepaalt dat een reisbureau geen vergoeding betaalt voor prestaties waarvan de deelnemer door eigen toedoen geen gebruik kan maken. Een dergelijk beding kan in bepaalde omstandigheden als oneerlijk worden aangemerkt, met name wanneer de consument een hoge prijs voor prestaties in rekening is gebracht. Heeft de consument daarentegen korting verkregen en aanzienlijk minder betaald dan de handelswaarde van de betrokken prestaties, dan zou de beoordeling van het oneerlijke karakter van een dergelijk beding heel wel anders kunnen uitvallen. Uit de negentiende overweging van richtlijn 93/13 volgt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter weliswaar ingevolge artikel 4, lid 2, van deze richtlijn geen betrekking kan hebben op de prijs-kwaliteitverhouding, maar dat deze verhouding bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen wel in aanmerking kan worden genomen.

34 — Zie in die zin arrest van 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209, punt 21). Zie ook punt 30 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2003:504), waarin hij opmerkt dat het kan voorkomen dat „dezelfde type[n] bedingen in verschillende nationale rechtstelsels verschillende rechtsgevolgen hebben”.

b) Lijst van oneerlijke bedingen in de bijlage bij richtlijn 93/13

50. Richtlijn 93/13 bevat een bijlage met een lijst die in artikel 3, lid 3, van de richtlijn wordt omschreven als een „indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt”.<sup>35</sup>

51. De Commissie had in eerste instantie een „zwarte” lijst van in alle omstandigheden als oneerlijk aan te merken bedingen, en later een „grijze” lijst van vermoedelijk oneerlijke bedingen. Deze benaderingen vonden echter geen steun bij de Raad van de Europese Unie, die heeft gekozen voor een louter indicatieve lijst.<sup>36</sup> Het Hof heeft bevestigd dat „een [in die lijst] voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt [toch] oneerlijk kan worden bevonden”.<sup>37</sup>

52. De keuze van de wetgever ten aanzien van de aard van de lijst laat mijns inziens duidelijk zien hoe moeilijk het is bedingen te benoemen die in alle omstandigheden oneerlijk zijn, zelfs als het gaat om bedingen als die in de lijst in kwestie, die worden geacht een serieus probleem te vormen doordat zij het evenwicht ten nadele van de consument aanzienlijk verstoren.<sup>38</sup> Dit blijkt ook uit de ruimte die de tekst van de lijst biedt.<sup>39</sup>

35 — Volgens de zeventiende overweging van richtlijn 93/13 kan deze lijst „door de lidstaten in het kader van hun nationale wetgeving aangevuld of beperkender geformuleerd [...] worden, met name wat de draagwijdte van deze bedingen betreft”. Zie ook arresten van 26 april 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 maart 2013, *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 70).

36 — Zie artikel 2, punt 2, en twaalfde overweging van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, door de Commissie ingediend op 24 juli 1990 [COM(90) 322 def.], het opnieuw behandelde voorstel van 26 januari 1993, wat amendement nr. 4 betreft [COM(93) 11 def.], het gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 22 september 1992 en de mededeling van de Commissie van 22 oktober 1992 aan het Europees Parlement inzake het gemeenschappelijk standpunt van de Raad [SEC(92) 1944 def. – SYN 285], gepubliceerd in *Journal of Consumer Policy*, 1992, 15, blz. 473-491. In de toelichting bij het opnieuw behandeld voorstel merkt de Commissie op dat de vaststelling van een „zwarte” lijst „tot op zekere hoogte, niet goed verenigbaar [is] met de huidige formulering van de bedingen in de bijlage, met name gezien het discretionaire gebruik van termen in vele bedingen”.

37 — Zie arresten van 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209, punt 20), en 7 mei 2002, *Commissie/Zweden* (C-478/99, EU:C:2002:281, punt 20). In laatstgenoemd arrest, dat betrekking had op de omzetting van richtlijn 93/13 in Zweeds recht, heeft het Hof in punt 21 geoordeeld dat met de lijst in de bijlage bij de richtlijn „niet [wordt] beoogd de consumenten verdergaande rechten toe te kennen dan uit de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn voortvloeien. Zij brengt geen enkele wijziging in het door de richtlijn nagestreefde resultaat, dat als zodanig van de lidstaten wordt verlangd”. Zie ook arrest van 26 april 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 26), waarin het Hof hieraan het volgende heeft toegevoegd: „Hoewel de [...] bijlage niet van dien aard is dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen, vormt zij [...] een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren.”

38 — De lijst vermeldt onder andere bedingen die tot doel of tot gevolg hebben dat de wettelijke aansprakelijkheid van de verkoper wordt uitgesloten of beperkt bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een handeling of een nalatigheid van deze verkoper, dat de wettelijke rechten van de consument in geval van niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering door de verkoper van een van diens contractuele verplichtingen worden uitgesloten of beperkt, dat de verkoper wordt toegestaan de overeenkomst zonder meer op te zeggen, terwijl zulks niet aan de consument wordt toegestaan, en dat de verkoper de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig mag wijzigen en het instellen van een rechtsvordering of het gebruik van rechtsmiddelen door de consument kan beletten of belemmeren.

39 — Zo bevat de lijst uitdrukkingen als „op ongepaste wijze”, „onevenredig hoge schadevergoeding”, „redelijke opzeggingstermijn”, „gewichtige redenen”, „al te ver [...] verwijderde datum”, „zonder geldige reden” en „te hoog”, waardoor elk concreet geval afzonderlijk kan of zelfs moet worden beoordeeld. Zie de bijlage bij richtlijn 93/13, punt 1, onder b), e), g), h) en j) tot en met l).

c) Mogelijkheid om krachtens artikel 8 van richtlijn 93/13 nationale lijsten van oneerlijke bedingen vast te stellen

53. Indien een lidstaat op grond van artikel 8 van richtlijn 93/13 „bepalingen vaststelt [...] [die] lijsten met bedingen die als oneerlijk worden beschouwd bevatten”, is hij volgens artikel 8 bis, lid 1, van deze richtlijn verplicht de Commissie daarvan op de hoogte te stellen.<sup>40</sup> Anders dan de indicatieve lijst in de bijlage bij de richtlijn kunnen op grond van artikel 8 vastgestelde nationale lijsten bindende werking hebben, ongeacht of het om „zwarte” dan wel „grijze” lijsten gaat.<sup>41</sup>

54. De uitdrukking „bepaling vaststellen” in artikel 8 bis, lid 1, van richtlijn 93/13 impliceert volgens mij evenwel dat een dergelijke nationale lijst langs legislatieve weg moet worden opgesteld, dat wil zeggen bij wet dan wel via krachtens de wet vastgestelde bestuursrechtelijke bepalingen. Het bij artikel 8 en artikel 8 bis, lid 1, van deze richtlijn ingestelde mechanisme vereist dus dat de wetgever verboden of vermoedelijk oneerlijke bedingen nauwkeurig omschrijft en daarbij de verschillende, soms tegengestelde belangen zorgvuldig tegen elkaar afweegt, en dat de Commissie van deze bedingen in kennis wordt gesteld. Ik wijs erop dat de wetgevingsprocedure, die betrokkenheid van belanghebbenden mogelijk maakt, naar haar aard veelal algemene, abstracte regels oplevert.

55. Een regeling zoals bepleit door de voorstanders van de eerste opvatting komt er echter op neer dat de nationale rechter, en niet de wetgever, bevoegd is om, op basis van concrete gevallen, een „zwarte” lijst vast te stellen op grond waarvan het gebruik van identieke of soortgelijke bedingen kan worden bestraft. In een dergelijke context worden oneerlijk bevonden bedingen een voor een ingeschreven in het register van oneerlijke bedingen, dat dus in feite door de verkopers wordt opgesteld. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke regeling weinig gemeen heeft met het vaststellen van nationale lijsten waarvoor artikel 8 van richtlijn 93/13 de mogelijkheid biedt.

56. Voorts lijkt mij een dergelijke regeling moeilijk verenigbaar met het in artikel 49 van het Handvest neergelegde legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen, dat vereist dat de wet strafbare feiten en de straffen erop duidelijk vaststelt.<sup>42</sup>

57. Gezien het grote – en stijgende – aantal inschrijvingen in het register van oneerlijke bedingen<sup>43</sup> roept deze regeling tevens twijfels op ten aanzien van het rechtszekerheidsbeginsel, een van de algemene beginselen van het Unierecht<sup>44</sup>, aangezien zij het voor verkopers per definitie lastig maakt de rechtssituatie waarin zij opereren te doorzien en te anticiperen op de gevolgen ervan. Deze twijfels zijn bijzonder ernstig voor zover het gaat om de mogelijkheid sancties op te leggen wegens het gebruik van bedingen die enkel „overeenkomen” met in het register ingeschreven bedingen.<sup>45</sup>

40 — Ik wijs erop dat de informatieplicht jegens de Commissie op grond van artikel 8 bis van richtlijn 93/13 enkel van toepassing is op overeenkomsten die na 13 juni 2014 zijn of worden gesloten. Zie voetnoot 4 van deze conclusie. Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor richtlijn 2011/83 voorzag in de volledige intrekking van richtlijn 93/13 [COM(2008) 614 definitief] en in de invoering, in de artikelen 34 en 35 van de voorgestelde richtlijn, van zowel een „zwarte” lijst van onder alle omstandigheden als oneerlijk te beschouwen bedingen als een „grijze” lijst van bedingen die zouden worden geacht oneerlijk te zijn, tenzij de verkoper zou aantonen dat dit niet zo is. Voor deze benadering kreeg de Commissie evenwel niet de steun van de Raad. Zie met name de amendementen als voorgesteld in de nota „A-punt” van het secretariaat-generaal van de Raad van 10 december 2010 [2008/0196(COD)] en de wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 23 juni 2011 (PB 2012, C 390, blz. 145), die de door het Parlement op 24 maart 2011 aangenomen amendementen vervangt (PB 2012, C 247, blz. 55).

41 — De Commissie heeft ter terechtzitting verklaard dat bepaalde lidstaten van de door artikel 8 van richtlijn 93/13 geboden mogelijkheid gebruik hebben gemaakt en nationale „zwarte” of „grijze” lijsten hebben vastgesteld.

42 — Zie arrest van 31 maart 2011, Aurubis Bulgaria (C-546/09, EU:C:2011:199, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak), dat betrekking heeft op de heffing van moratoire interest over een extra schuld ter zake van de belasting over de toegevoegde waarde (btw).

43 — Volgens de Commissie bevat het register van oneerlijke bedingen al meer dan 6 300 bedingen, waarvan er 300 zijn ingeschreven tussen juli 2015 en medio maart 2016.

44 — Zie arrest van 8 december 2011, France Télécom/Commissie (C-81/10 P, EU:C:2011:811, punt 100). Zie aangaande richtlijn 93/13 arrest van 7 mei 2002, Commissie/Zweden (C-478/99, EU:C:2002:281, punt 18).

45 — Uit de verwijzingsbeslissing kan niet worden opgemaakt of de werking erga omnes van artikel 479<sup>43</sup> van het wetboek BRV *met terugwerkende kracht* wordt toegepast, dat wil zeggen op overeenkomsten die zijn gesloten vóór de rechterlijke beslissing waarbij het beding in kwestie als oneerlijk is aangemerkt. Mocht dat zo zijn, dan heb ik uiteraard reden te meer om me zorgen te maken over het rechtszekerheidsbeginsel.

### 3. Recht van de verkoper om te worden gehoord

58. Nauw verbonden met bovenstaande overwegingen aangaande de concrete beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding is de vraag of de verkoper het recht heeft om te betwisten dat de bedingen die hij in zijn overeenkomsten met consumenten gebruikt, oneerlijk zijn.

59. Uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 volgt a contrario dat een contractueel beding niet als oneerlijk wordt beschouwd indien over dat beding afzonderlijk is onderhandeld.<sup>46</sup> Dienaangaande bepaalt artikel 3, lid 2, derde alinea, van deze richtlijn dat de verkoper, indien hij stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dit dient te bewijzen. Hieruit leid ik af dat richtlijn 93/13 de verkoper op zijn minst het recht toekent aan te tonen dat over het betwiste beding afzonderlijk is onderhandeld en dat dit beding in het specifieke geval dus niet oneerlijk is in de zin van deze richtlijn.

60. Het recht waarover de verkoper krachtens artikel 3, lid 2, derde alinea, van richtlijn 93/13 beschikt om argumenten en bewijsmateriaal aan te voeren teneinde aan de op hem rustende bewijslast te voldoen, maakt mijns inziens deel uit van het algemenere, ruimere recht dat voortvloeit uit artikel 47 van het Handvest, in het licht waarvan richtlijn 93/13 dient te worden gelezen.<sup>47</sup>

61. Artikel 47 van het Handvest bepaalt dat in situaties die vallen binnen de werkingssfeer van het Handvest<sup>48</sup>, eenieder<sup>49</sup> het recht heeft om te worden gehoord, zowel tijdens een administratieve als tijdens een gerechtelijke procedure<sup>50</sup>. Volgens het Hof omvat dit recht de mogelijkheid voor eenieder naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden, met als doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen.<sup>51</sup> Dat geldt uiteraard ook voor een besluit waarbij een geldboete wordt opgelegd aan een verkoper.

62. Bij een rechterlijke toetsing als bedoeld in de wettelijke regeling in kwestie zou het recht van de verkoper om te worden gehoord twee verschillende doelen dienen. Ten eerste zou de verkoper in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat de specifieke omstandigheden rond de sluiting van de betrokken overeenkomst verschilden van die welke eerder zijn beoordeeld in het kader van een procedure waarbij een identiek of overeenkomend beding oneerlijk is bevonden. Ten tweede biedt het recht om te worden gehoord de verkoper de mogelijkheid middelen aan te voeren, zowel feitelijk als rechtens, die tijdens de eerdere procedure in abstracto – om welke reden ook – niet zijn opgeworpen, en vergissingen die tijdens die procedure zijn begaan te corrigeren.<sup>52</sup>

46 — Zie ook de twaalfde overweging van richtlijn 93/13. De Commissie had aanvankelijk voorgesteld zowel standaardbedingen als bedingen waarover afzonderlijk is onderhandeld onder de richtlijn te laten vallen. Zie voorstel van de Commissie van 24 juli 1990 [COM(90) 322 def.] en de wetgevingsresolutie van 20 november 1991 houdende advies van het Europees Parlement, amendement nr. 9 (PB 1991, C 326, blz. 108).

47 — Ik herinner eraan dat de lidstaten het Verdrag, met inbegrip van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten, eveneens dienen te eerbiedigen wanneer zij striktere bepalingen vaststellen dan die waarin richtlijn 93/13 voorziet. Dat blijkt overigens ook uit artikel 8 van deze richtlijn.

48 — Het lijkt geen twijfel dat het Handvest, gelet op artikel 51, lid 1, ervan, in de onderhavige zaak van toepassing is.

49 — De term „eenieder” duidt erop dat het recht op zowel natuurlijke personen als rechtspersonen van toepassing is. Zie met name arrest van 22 december 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, punt 59), en beschikking van 13 juni 2012, GREP (C-156/12, niet gepubliceerd, EU:C:2012:342, punt 38).

50 — Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het recht om te worden gehoord niet alleen neergelegd in de artikelen 47 en 48 van het Handvest, die de eerbiediging van de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces in het kader van elke procedure in rechte waarborgen, maar ook in artikel 41 ervan, dat het recht op behoorlijk bestuur waarborgt. Zie arrest van 22 november 2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744, punten 81 en 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Artikel 41 van het Handvest is weliswaar niet gericht tot de lidstaten, doch uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie, maar het recht op goed bestuur maakt wel integraal deel uit van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, een algemeen rechtsbeginsel van de Unie. Zie arrest van 11 december 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431, punten 32-34 en 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 — Zie in die zin arresten van 11 december 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431, punten 36 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 17 maart 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punt 33). Nauw verwant aan het recht om te worden gehoord is het beginsel van hoor en wederhoor, dat eveneens tot de grondbeginselen van het Unierecht behoort. Zie arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punten 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 — Zie in die zin arrest van 11 december 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431, punt 37).

63. Het recht van de verkoper om te worden gehoord in het kader van richtlijn 93/13 kan dus niet enkel betrekking hebben op de vraag of over het betwiste beding afzonderlijk is onderhandeld, maar moet elk element betreffen dat relevant is voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding in het licht van artikel 4, lid 1, van die richtlijn.<sup>53</sup> De verkoper zou derhalve ook de mogelijkheid moeten hebben om te bewijzen dat het betwiste beding in de omstandigheden van het geval niet tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument leidt, met name door aan te tonen dat het nadelige effect van dit beding wordt geneutraliseerd door andere bedingen van dezelfde overeenkomst of door de lagere prijs die de consument betaalt.<sup>54</sup>

64. Afgaande op de informatie die de verwijzende rechter en de Poolse regering hebben verstrekt, komt het mij voor dat een regeling als die welke voortvloeit uit de eerste opvatting, onvoldoende rekening houdt met het recht van de verkoper om te worden gehoord, aangezien deze noch tijdens de administratieve toetsing, noch tijdens de rechterlijke toetsing bij de SOKiK en de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny de gelegenheid heeft aan te voeren dat het betwiste beding in de omstandigheden van het geval niet oneerlijk is, en daarvan het bewijs te leveren.<sup>55</sup> Zoals de verwijzende rechter opmerkt, hebben deze procedures niet tot doel na te gaan of het betwiste beding op zichzelf oneerlijk is, maar enkel of het overeenkomt met bedingen die in het register van oneerlijke bedingen zijn opgenomen.

65. Zoals de Poolse regering stelt, kan weliswaar niet worden uitgesloten dat de nationale rechterlijke instanties bij hun onderzoek van de vraag of het betwiste beding overeenkomt met het in het register van oneerlijke bedingen ingeschreven beding, rekening houden met de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 genoemde factoren<sup>56</sup>, maar dat neemt niet weg dat deze beoordeling hoe dan ook enkel tot doel heeft te bepalen of de twee bedingen identiek zijn of met elkaar overeenkomen<sup>57</sup>, en dat de verkoper niet kan betwisten dat het litigieuze beding oneerlijk is door zich te beroepen op de specifieke omstandigheden, zoals het feit dat over het beding afzonderlijk is onderhandeld, of op argumenten die tijdens de abstracte toetsing niet zijn aangevoerd. Een dergelijke regeling houdt derhalve aanzienlijke beperkingen in van het recht dat door artikel 47 van het Handvest aan de verkoper wordt verleend.<sup>58</sup>

66. Evenzo wordt de bevoegdheid van de rechter die de rechterlijke toetsing verricht aanzienlijk beperkt, hetgeen op zichzelf al vragen doet rijzen ten aanzien van artikel 47 van het Handvest, dat een „doeltreffende voorziening in rechte” vereist.<sup>59</sup> Bovendien zou een dergelijke regeling ook afbreuk doen aan het recht van de consument om af te zien van niet-toepassing van een oneerlijk beding.<sup>60</sup>

53 — De specifieke regel dat de bewijslast op de verkoper rust geldt daarentegen volgens artikel 3, lid 2, derde alinea, van richtlijn 93/13 uitsluitend voor de vraag of sprake is geweest van afzonderlijke onderhandelingen.

54 — Zie voetnoot 33 van deze conclusie over de negentiende overweging van richtlijn 93/13.

55 — Zie in die zin punt 60 van de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak *Invitel* (C-472/10, EU:C:2011:806). In de punten 77-83 van deze conclusie zal ik nader ingaan op die zaak.

56 — De Poolse regering noemt als voorbeeld een geval waarin de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny in twijfel heeft getrokken dat de betwiste bedingen overeenkwamen met bedingen in het register, hoewel deze bedingen tekstueel sterk op elkaar leken.

57 — Zie punt 30 van deze conclusie.

58 — De Poolse regering betoogt dat de beoordeling in het kader van de abstracte toetsing, juist omdat zij abstract is, individuele omstandigheden buiten beschouwing laat. Zelfs indien iedere verkoper die het betwiste beding gebruikt zijn recht om te worden gehoord tijdens de abstracte toetsing die aan de inschrijving van het beding in het register voorafgaat, zou kunnen uitoefenen, zou dit voor de uitkomst van deze procedure geen enkel verschil maken. Dienaangaande merk ik op dat mijn zorgen ten aanzien van het recht van de verkoper om te worden gehoord niet zozeer de abstracte toetsing, maar veeleer de latere administratieve en rechterlijke toetsing van de handelspraktijken van andere verkopers betreffen.

59 — Zie ook arrest van 15 mei 1986, *Johnston* (C-222/84, EU:C:1986:206, punt 19), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het recht op een effectief beroep bij een bevoegde rechter een algemeen beginsel van het Unierecht is.

60 — Zie dienaangaande arrest van 14 april 2016, *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 40).



67. Volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest kunnen beperkingen worden gesteld aan het recht om te worden gehoord, mits deze beperkingen daadwerkelijk aan doelstellingen van algemeen belang beantwoorden en in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.<sup>61</sup> Dienaangaande stelt de Poolse regering – mijns inziens terecht – dat de nationale wettelijke regeling tot doel heeft snel en doeltreffend een einde te maken aan het gebruik van onrechtmatige bedingen in de diverse situaties die zich op de markt kunnen voordoen en meerdere rechterlijke procedures inzake gelijksoortige bedingen in door verschillende verkopers gebruikte algemene voorwaarden te voorkomen.<sup>62</sup>

68. Deze overwegingen, waarvan de geldigheid niet ter discussie staat, kunnen mijns inziens echter geen rechtvaardiging vormen voor de buitengewoon ernstige beperking van het recht van de verkoper om te worden gehoord die voortvloeit uit artikel 479<sup>43</sup> van het wetboek BRV en artikel 24, lid 2, punt 1, van de wet BMC zoals uitgelegd door de voorstanders van de eerste opvatting, mede gelet op de bepaald niet geringe geldboeten die op grond van artikel 106, lid 1, punt 4, van deze wet aan de verkoper kunnen worden opgelegd.<sup>63</sup>

69. Ook het feit dat de inschrijving van de bedingen in het register van oneerlijke bedingen onherroepelijk is, wettigt de conclusie dat de nationale wettelijke regeling in kwestie zoals uitgelegd door de voorstanders van de eerste opvatting niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.<sup>64</sup>

70. Zoals de Commissie stelt, lijken er alternatieven voorhanden te zijn die bijdragen tot een doeltreffende bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen en tegelijkertijd waarborgen bieden voor het recht van de verkoper om te worden gehoord. Niets belet bijvoorbeeld de lidstaten maatregelen vast te stellen die voorzien in een vermoeden dat bepaalde algemene bedingen oneerlijk zijn<sup>65</sup>, en te bepalen dat het gebruik daarvan kan worden bestraft, tenzij de verkoper in een administratieve of rechterlijke procedure aantoont dat deze bedingen in de omstandigheden van het geval niet oneerlijk zijn, met name door te bewijzen dat daarover afzonderlijk is onderhandeld.

71. Overigens betekent het ontbreken van werking erga omnes niet dat de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in algemene voorwaarden geen afschrikkende werking zou hebben. Andere verkopers zullen immers geneigd zijn voortaan af te zien van het gebruik van vergelijkbare voorwaarden.<sup>66</sup>

61 — Zie in die zin arrest van 11 december 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 — Zie ook punt 40, met inbegrip van voetnoot 25, van deze conclusie.

63 — Zie voetnoot 24 van deze conclusie.

64 — Ter terechtzitting heeft de Poolse regering bevestigd dat een in het register van oneerlijke bedingen opgenomen beding niet kan worden gecorrigeerd of geschrapt.

65 — Dienaangaande merkt de Commissie op dat de Poolse regeling juist de werking van een onweerlegbaar vermoeden kan hebben. Dat lijkt mij een niet geheel juiste beschrijving, aangezien artikel 479<sup>43</sup> van het wetboek BRV de rechtsgevolgen van in het kader van de abstracte toetsing gegeven beslissingen laat voortduren en dus feitelijk een volledig verbod inhoudt op het gebruik van bedingen die gelijk zijn aan of overeenkomen met in het register ingeschreven bedingen (en bijgevolg meer is dan enkel een vermoeden van onrechtmatigheid van die bedingen).

66 — Zie in die zin verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2012 over de toepassing van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen [COM(2012) 635 final, deel 3.1], waarin wordt verklaard dat „[v]olgens verschillende belanghebbenden [...] de mogelijkheid om een verbodsactie in te stellen als zodanig al een inherent ontradend effect [heeft] in onderhandelingen met personen die inbreuk plegen op de wetgeving. Anderzijds zijn er ook gevallen waarin, wanneer een verbodsactie succesvol is ingesteld en een praktijk van een handelaar onwettig is verklaard, andere handelaren afzien van vergelijkbare praktijken, ook als de uitspraak van de rechter voor hen niet bindend is.”

## C – Collectieve verbodsacties

### 1. Artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 93/13

72. Zoals de Commissie stelt, staat richtlijn 93/13 in artikel 7, leden 2 en 3, collectieve verbodsacties toe die feitelijk verder reiken dan de contractuele relatie, in de zin dat zij losstaan van elk individueel concreet conflict en kunnen worden ingesteld door personen en organisaties die een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument.<sup>67</sup> Zoals blijkt uit de zinsnede „[o]nverminderd artikel 7” in artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 zijn de in artikel 7, lid 2, van deze richtlijn bedoelde acties aanvullend ten opzichte van de individuele vorderingen.<sup>68</sup>

73. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13 voorziet in een abstracte toetsing van preventieve en afschrikkende aard<sup>69</sup> die tot doel heeft vast te stellen „of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn”, terwijl artikel 7, lid 3, van deze richtlijn het mogelijk maakt de in artikel 7, lid 2, bedoelde acties afzonderlijk of gezamenlijk tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of tegen hun verenigingen in te stellen.

74. Volgens de rechtspraak van het Hof hebben individuele en collectieve acties in het kader van richtlijn 93/13 „verschillende doelen en rechtsgevolgen”.<sup>70</sup> Verder behelzen collectieve acties volgens de drieëntwintigste overweging van richtlijn 93/13 niet een „voorafgaande toetsing [...] van de algemene voorwaarden die in een bepaalde economische sector worden toegepast”. Hieruit leid ik af dat de toetsing vooraf die plaatsvindt in het kader van een collectieve actie niet kan vooruitlopen op de toetsing achteraf die wordt verricht in het kader van een individuele actie tegen andere partijen<sup>71</sup>, hetgeen feitelijk uitsluit dat de gevolgen van beslissingen die naar aanleiding van collectieve acties worden gewezen, worden uitgebreid tot verkopers die geen partij waren in de procedure.<sup>72</sup>

75. Deze conclusie vindt steun in de toevoeging van het derde lid aan artikel 7 van richtlijn 93/13. Het zou naar mijn mening zinloos zijn met dit lid de instelling van procedures met meerdere partijen mogelijk te maken als beslissingen die worden gegeven in het kader van de in artikel 7, lid 2, van die richtlijn bedoelde collectieve acties toch al strikt alle verkopers zouden binden. Ook de

67 — Zie arresten van 14 april 2016, *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 29), en 26 april 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin het Hof heeft verduidelijkt dat collectieve acties zelfs kunnen worden ingesteld „wanneer de bedingen waarvan het verbod wordt gevorderd, niet in een concrete overeenkomst zijn gebruikt”.

68 — Zie in die zin punt 56 van de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de gevoegde zaken *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:15).

69 — Zie arrest van 26 april 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 37).

70 — Zie arrest van 14 april 2016, *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 30). Collectieve acties staan los van elk individueel conflict, terwijl bij individuele acties de consument recht heeft op „inaanmerkingneming van alle omstandigheden die eigen zijn aan zijn zaak” (arrest van 14 april 2016, *Sales Sinués en Drame Ba*, C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 40).

71 — Zie in die zin de punten 56 en 72 van de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de gevoegde zaken *Sales Sinués en Drame Ba* (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:15), waarin deze opmerkt dat „collectieve verbodsvorderingen [...] niet in de plaats kunnen komen van de individuele vorderingen of daaraan in de weg kunnen staan” (punt 56), en dat „[e]en consument die beslist individueel in rechte op te treden, [...] niet rechtstreeks [zal] worden geraakt door de uitspraak in de collectieve procedure, ook al zal de rechter bij wie de individuele vordering is aangebracht daar zeer duidelijk rekening mee houden” (punt 72).

72 — Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, lijkt een wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die voorziet in werking erga omnes van rechterlijke beslissingen waarbij een contractueel beding als oneerlijk wordt aangemerkt, in andere lidstaten daadwerkelijk te ontbreken. Zie ook *Compendium van het EU-consumentenrecht. Een vergelijkende analyse (EC Consumer Law Compendium)*, dat in de jaren 2008-2012 voor de Commissie is opgesteld door een internationale groep van deskundigen ([http://www.eu-consumer-law.org/index\\_fr.cfm](http://www.eu-consumer-law.org/index_fr.cfm)). Uit het door M. Ebers geschreven deel 2.C, hoofdstuk VI, punt 3, onder c), over de omzetting van richtlijn 93/13 in nationaal recht, blijkt dat rechterlijke of administratieve beslissingen in het kader van een collectieve actie in veruit de meeste lidstaten enkel de verkopers binden die partij zijn in de procedure. Zie ook voetnoot 84.

voorbereidende werkzaamheden voor deze richtlijn pleiten ervoor dat beslissingen die naar aanleiding van de in artikel 7, leden 2 en 3, bedoelde collectieve verbodsacties worden gewezen, aldus moeten worden uitgelegd dat zij alleen de partijen binden die bij de betrokken collectieve actie zijn betrokken.<sup>73</sup>

76. Bij algemene bedingen waarover maar zelden afzonderlijk wordt onderhandeld, zullen de nationale rechterlijke instanties vaak tot een vergelijkbaar of zelfs exact hetzelfde oordeel komen, of het nu gaat om een collectieve dan wel om een individuele actie, ook al zijn de partijen bij die acties niet dezelfde. De uitspraak in het kader van een collectieve actie zou derhalve sterke precedentwerking hebben voor de beoordeling van een identiek of soortgelijk beding in het kader van een latere individuele actie, en kan zelfs het vermoeden creëren dat dit beding oneerlijk is. Dit neemt evenwel niet weg dat de verkoper die geen partij was in de collectieve procedure, niet de mogelijkheid zou mogen worden ontnomen om krachtens artikel 3, lid 2, derde alinea, van richtlijn 93/13 en artikel 47 van het Handvest een dergelijk vermoeden in het kader van de individuele actie te weerleggen.

## 2. Reikwijdte van het arrest Invitel

77. Zoals de Commissie en de Poolse regering opmerken, heeft het Hof in het arrest Invitel geoordeeld dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 juncto artikel 7, leden 1 en 2, daarvan zich niet ertegen verzet dat beslissingen waarbij een beding in algemene voorwaarden in het kader van een in artikel 7 van deze richtlijn bedoelde verbodsactie oneerlijk wordt bevonden, gevolgen hebben ten aanzien van „alle consumenten die een overeenkomst met de betrokken verkoper hebben gesloten waarop dezelfde [algemene voorwaarden] van toepassing zijn, daaronder begrepen de consumenten die geen partij waren bij de verbodsactie”.<sup>74</sup>

78. Erg verwonderlijk is dit oordeel niet; het vloeit veeleer voort uit de aard en het doel van collectieve verbodsacties. Wanneer een contractueel beding in het kader van een verbodsactie nietig wordt verklaard en wordt verboden, moet uiteraard worden verzekerd dat de betrokken verkoper in geen enkele overeenkomst nog dezelfde algemene voorwaarden, daaronder begrepen het oneerlijk bevonden beding, zal gebruiken. Anders zouden de in artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 93/13 bedoelde verbodsacties hun nuttige werking verliezen.

79. In punt 40 van het arrest Invitel heeft het Hof terecht onderstreept dat de toepassing van een nietigverklaringssanctie op een oneerlijk beding ten aanzien van alle consumenten die met de betrokken verkoper een consumentenovereenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, „verzekert [...] dat die consumenten niet gebonden zijn door het genoemde beding”<sup>75</sup>, waarmee het Hof refereert aan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, op grond waarvan de lidstaten, wanneer het oneerlijke karakter van een algemeen beding wordt vastgesteld, in de bewoordingen van het Hof, „alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende consequenties [moeten] trekken”, opdat de consument door dit beding niet gebonden is.<sup>76</sup>

80. Het lijkt mijns inziens weinig twijfel dat deze rechtspraak niet op het onderhavige geval kan worden toegepast.

73 — Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie van 24 juli 1990 [COM(90) 322 def.] bevatte geen enkele bepaling die overeenkomt met artikel 7, lid 3, van de vastgestelde richtlijn 93/13. Dit lid is ingevoerd in het gewijzigde voorstel van de Commissie van 4 maart 1992 [COM(92) 66 def.], waarvan artikel 8, lid 3, het volgende bepaalde: „De in lid 2 vermelde acties kunnen gezamenlijk gericht zijn tegen meerdere personen die gebruikmaken van of zich gereedmaken om gebruik te maken van of ook die het gebruik aanbevelen van dezelfde algemene bedingen of identieke bedingen in overeenkomsten; *de door de bevoegde instanties genomen beslissing bindt al deze personen*” (cursivering van mij). In het verdere verloop van de wetgevingsprocedure is de formulering van het lid gewijzigd, zonder dat iets erop wijst dat de wetgever van de Unie de bedoeling had de werking van de krachtens artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 93/13 gewezen beslissingen te verruimen.

74 — Arrest van 26 april 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 44).

75 — Arrest van 26 april 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242).

76 — Arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 42).

81. In de motivering van zijn oordeel in het arrest *Invitel*<sup>77</sup> verwijst het Hof uitdrukkelijk naar de punten 57 tot en met 61 van de conclusie van de advocaat-generaal, waarin deze „zwaarwegende [...] bezwaren” aanvoert tegen een werking erga omnes ten aanzien van verkopers die geen partij waren in de procedure tot vaststelling van het oneerlijke karakter van het betwiste beding. Ik onderschrijf die bezwaren ten volle.<sup>78</sup>

82. Bovendien verschilt de vraag waarover het Hof zich diende te buigen in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest, namelijk of de nietigverklaringssanctie van een oneerlijk beding alle consumenten die met de betrokken verkoper een consumentenovereenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, duidelijk van die welke in de onderhavige zaak door de verwijzende rechter is voorgelegd, die ziet op het opleggen van geldboeten aan verkopers die geen partij waren in de procedure voor de abstracte toetsing.

83. Een dusdanig ruime uitlegging van de reikwijdte van het arrest *Invitel*<sup>79</sup> dat daaronder ook een wettelijke regeling zou vallen die voorziet in een werking erga omnes ten aanzien van iedere verkoper die geen partij was in de procedure, lijkt mij dan ook niet gerechtvaardigd, en zou hoe dan ook moeilijk te rijmen zijn met de grondrechten van de verkoper.<sup>80</sup>

### 3. Uitlegging van richtlijn 2009/22

84. Aan de door mij bepleite uitlegging van richtlijn 93/13 kan niet worden afgedaan door de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22, waaraan de verwijzende rechter in zijn eerste prejudiciële vraag refereert.

85. Richtlijn 2009/22 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen heeft tot doel de volle werking van een aantal richtlijnen, waaronder richtlijn 93/13, te verzekeren en met name grensoverschrijdende inbreuken binnen de Unie<sup>81</sup> tegen te gaan.

86. In dit verband verplicht artikel 2, lid 1, onder a) tot en met c), van richtlijn 2009/22 de lidstaten de rechterlijke of administratieve instanties aan te wijzen die bevoegd zijn om uitspraak te doen in door de bevoegde instanties in de zin van artikel 3 van deze richtlijn ingestelde collectieve procedures die er onder andere op gericht zijn dat wordt gelast elke met richtlijn 93/13 strijdige handeling te staken, dat de beslissing wordt bekendgemaakt of een rechtzetting wordt gepubliceerd en dat de in het ongelijk gestelde gedaagde ertoe wordt veroordeeld, ingeval deze zich niet naar de uitspraak voegt, aan de schatkist of aan een bij de nationale wetgeving aangewezen begunstigde een geldbedrag te betalen.

87. Wat de samenhang tussen richtlijn 2009/22 en richtlijn 93/13 betreft, zij opgemerkt dat eerstgenoemde richtlijn een aanvulling vormt op artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 93/13, dat eveneens betrekking heeft op verbodsacties.<sup>82</sup>

77 — Arrest van 26 april 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 39).

78 — Zie met name punt 60 van de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak *Invitel* (C-472/10, EU:C:2011:806), waarin zij opmerkt: „[E]en werking erga omnes ten nadele van niet bij de procedure betrokken personen zou moeilijk te rijmen zijn met de beginselen van een eerlijk proces, vooral omdat die personen geen gelegenheid hebben gehad zich voor de gerechtelijke uitspraak uit te laten over het verweten gebruik van oneerlijke bedingen in het economisch verkeer. Het recht om te worden gehoord [...] zou onvoldoende zijn gewaarborgd als de werking erga omnes zich zonder onderscheid uitstrekte tot personen die geen partij waren in het geding en de betrokken nationale regeling zou dan dus niet passend in de zin van artikel 7 van [richtlijn 93/13] zijn.”

79 — Arrest van 26 april 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242).

80 — Zie aangaande het recht van de verkoper om te worden gehoord de punten 58-71 van deze conclusie.

81 — Dat wil zeggen inbreuken die gevolgen hebben in een andere lidstaat dan die waarin zij hun oorsprong vinden. Zie met name de overwegingen 3-7 van richtlijn 2009/22 en Groenboek – De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt [COM(93) 576 def.], hoofdstuk III.B.2. Volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 2009/22 dienen de in artikel 2 van deze richtlijn bedoelde verbodsacties ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten die zijn opgenomen in de in bijlage I bij de richtlijn genoemde Uniehandelingen. In punt 5 van deze bijlage wordt richtlijn 93/13 genoemd.

82 — Zo wordt in opmerking 1 in bijlage I bij richtlijn 2009/22 vermeld dat richtlijn 93/13 „specifieke bepalingen betreffende het doen staken van inbreuken” bevat. Zie met betrekking tot artikel 7, leden 2 en 3, van richtlijn 93/13 punten 72-76 van deze conclusie.

88. Noch in de tekst van richtlijn 2009/22, noch in de voorbereidende werkzaamheden voor deze richtlijn<sup>83</sup> zie ik enige aanwijzing dat het de lidstaten zou zijn toegestaan aan beslissingen die in het kader van de in deze richtlijn bedoelde acties worden gegeven, een werking erga omnes te verlenen ten aanzien van verkopers die geen partij waren in de verbodsprocedure. Zou dat wel zo zijn, dan zou richtlijn 2009/22 verder gaan dan de regeling van richtlijn 93/13, waarop eerstgenoemde richtlijn wordt geacht een aanvulling te vormen, hetgeen niet mag worden aangenomen aangezien de Uniewetgever daartoe niet uitdrukkelijk de wil heeft geuit.

89. Niettemin is onder auspiciën van de Commissie een wijziging van het Unierecht in gang gezet die het de lidstaten mogelijk moet maken de gevolgen van beslissingen waarbij een contractueel beding oneerlijk wordt bevonden te verruimen tot „vergelijkbare overeenkomsten”.<sup>84</sup> Dit bevestigt evenwel enkel dat een dergelijke oplossing bij de huidige stand van het Unierecht, dat wil zeggen in het kader van richtlijn 93/13 en richtlijn 2009/22, niet mogelijk is.

## V – Conclusie

90. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van de Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten juncto de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een geldboete wordt opgelegd aan een verkoper die in zijn overeenkomsten met consumenten algemene bedingen gebruikt die worden geacht overeen te komen met bedingen die reeds oneerlijk zijn bevonden en om die reden in een openbaar register zijn ingeschreven, wanneer deze verkoper geen partij was in de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van het oneerlijke karakter van de bedingen in het register.”

83 — Richtlijn 2009/22 ligt in het verlengde van richtlijn 98/27, die was gebaseerd op het Groenboek – De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt [COM(93) 576 def.].

84 — Zie verslag van de Commissie van 6 november 2012 aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen [COM(2012) 635 final, deel 5.1, onder b), punt 2], waarin ten aanzien van „[m]ogelijke wijzigingen van het wettelijk kader” staat te lezen: „Als een beding in een overeenkomst onwettig wordt verklaard, moeten de gevolgen van deze beslissing gelden voor alle vergelijkbare lopende en toekomstige overeenkomsten [...]”. Uit deel 4.4 van ditzelfde verslag blijkt evenwel dat beslissingen inzake verbodsacties in de overgrote meerderheid van de lidstaten *relatieve* werking hebben, dat wil zeggen enkel bindend zijn in de betrokken zaak en ten aanzien van de partijen die bij de actie betrokken zijn. Zie ook verslag van de Commissie van 18 november 2008 over de toepassing van richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen [COM(2008) 756 definitief, delen 25-27].