MARTÍN MARTÍN

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL V. TRSTENJAK van 7 mei 2009 [1]

Inhoud

I — Inleiding . . . . . I - 11942

II — Toepasselijke bepalingen . . . . . I - 11943

A — Gemeenschapsrecht . . . . . I - 11943

1. EG-Verdrag . . . . . I - 11943

2. Richtlijn 85/577 . . . . . I - 11944

B — Handvest van de grondrechten van de Europese Unie . . . . . I - 11946

C — Nationaal recht . . . . . I - 11947

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag . . . . . I - 11948

IV — Procesverloop voor het Hof . . . . . I - 11949

V — Argumenten van partijen . . . . . I - 11950

VI — Beoordeling . . . . . I - 11954

A — Inleiding . . . . . I - 11954

B — Bespreking van de prejudiciële vraag . . . . . I - 11955

1. Opmerkingen vooraf over de prejudiciële vraag . . . . . I - 11955

a) Bepalingen van het gemeenschapsrecht waarvan de verwijzende rechter uitlegging verzoekt . . . . . I - 11955

b) In de prejudiciële vraag aan de orde gestelde problemen . . . . . I - 11957

2. Is relatieve nietigheid een passende maatregel in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577? . . . . . I - 11958

1 — Oorspronkelijke taal: Sloveens.

3. Algemene regel: in het gemeenschapsrecht bestaat geen algemene verplichting tot ambtshalve toetsing . . . . . I - 11962

4. Uitzondering op de algemene regel: rechtspraak inzake richtlijnen 93/13 en 87/102 . . . . . I - 11963

a) Rechtspraak inzake richtlijn 93/13 . . . . . I - 11963

b) Rechtspraak inzake richtlijn 87/102 . . . . . I - 11965

5. Toepassing op de onderhavige zaak van de rechtspraak inzake richtlijnen 93/13 en 87/102 . . . . . I - 11965

6. Recht of plicht van de nationale rechter om ex officio op te treden? . . . . . I - 11973

C — Conclusie . . . . . I - 11974

VII — Conclusie . . . . . I - 11975

I — Inleiding

1. Deze zaak betreft de vraag of een nationale rechter ambtshalve mag vaststellen dat een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst nietig is op grond dat de consument niet is geïnformeerd over zijn recht om de overeenkomst op te zeggen, hoewel het nationale recht hem geen ambtshalve beslissing toestaat maar eist dat de consument die de informatie niet heeft gekregen, zelf de vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst verzoekt. De zaak betreft de uitlegging van de bepalingen van het EG-Verdrag inzake consumentenbescherming en van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten [2] (hierna: „richtlijn 85/577"), op grond waarvan de lidstaten moeten zorgen voor passende bepalingen ter bescherming van de consument wanneer deze niet van zijn recht om de overeenkomst op te zeggen op de hoogte is gesteld.

2. Bij een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst staat voor de consumentenbescherming niet alleen het recht van de consument om een dergelijke overeenkomst op te zeggen centraal, maar ook of hij naar behoren van zijn recht op de hoogte is gesteld en er passende en doeltreffende maatregelen

2 — PB L 372, blz. 31.

gegarandeerd zijn wanneer hem deze informatie niet is verstrekt. Wanneer de consument een dergelijke overeenkomst aangaat, is hij immers dikwijls niet in staat objectief alle consequenties te beoordelen die de overeenkomst voor hem zal hebben. Aangezien de consument de zwakste partij bij de overeenkomst is, zal in de onderhavige zaak moeten worden beoordeeld of het voor de effectieve bescherming van zijn rechten noodzakelijk is dat de nationale rechter in geschillen over dergelijke overeenkomsten ambtshalve op de eerbiediging van deze rechten toeziet.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

1. EG-Verdrag

3. Artikel 3 EG luidt:

„1. Teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de Gemeenschap onder de voorwaarden en volgens het tijdschema waarin dit Verdrag voorziet:

[…]

t) een bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming;

[…]”

4. Artikel 95 EG bepaalt:

„[…]

3. De Commissie zal bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd. Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken.

[…]”

5. Artikel 153 EG luidt:

„1. Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Gemeenschap bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.

2. Met de eisen ter zake van consumentenbescherming wordt rekening gehouden bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden.

3. De Gemeenschap draagt bij tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen door middel van:

a) maatregelen die zij op grond van artikel 95 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt neemt;

b) maatregelen om het beleid van de lidstaten te ondersteunen, aan te vullen en te controleren.

4. De Raad neemt volgens de procedure van artikel 251 en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen, bedoeld in lid 3, sub b, aan.

5. De uit hoofde van lid 4 aangenomen maatregelen beletten niet dat een lidstaat maatregelen voor een hogere graad van bescherming treft of handhaaft. Deze maatregelen moeten verenigbaar zijn met dit Verdrag. Zij worden ter kennis van de Commissie gebracht."

2. Richtlijn 85/577

6. In de punten 4, 5 en 6 van de considerans van richtlijn 85/577 wordt overwogen dat:

„overeenkomsten die buiten de verkoopruimten van de handelaar worden gesloten, worden gekenmerkt door het feit dat het initiatief tot de besprekingen in de regel van de handelaar uitgaat en de consument zich op generlei wijze op deze besprekingen heeft voorbereid en wordt overvallen; dat de consument dikwijls niet in staat is kwaliteit en prijs van het aanbod met andere aanbiedingen te vergelijken; dat dit verrassings-

element niet alleen bestaat bij via huis-aan-huisverkoop gesloten overeenkomsten, doch ook bij andere typen overeenkomsten waartoe de handelaar buiten zijn verkoopruimten het initiatief neemt;

[…] dat aan de consument een recht moet worden verleend tot opzegging [3] van de overeenkomst binnen een termijn van ten minste zeven dagen, teneinde hem in staat te stellen zich te beraden over de verplichtingen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien;

[…] dat de nodige maatregelen moeten worden getroffen teneinde te bewerkstelligen dat de consument schriftelijk wordt voorgelicht over deze bedenktijd".

3 — Ten aanzien van de begrippen „opzegging" en „afstand" merk ik op dat richtlijn 85/577 beide termen gebruikt en wel in artikel 4, eerste zin, waar wordt gesproken van het recht van de consument de overeenkomst „op te zeggen" („*droit de résiliation/résilier*", „*Widerrufsrecht*", „*right of cancellation*", „*derecho de rescisión/a rescindir*"), terwijl artikel 5, lid 1, bepaalt dat de consument het recht heeft om „afstand te doen van de gevolgen van zijn verbintenis" („*droit de renoncer aux effets de son engagement*", „*das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten*", „*right to renounce the effects of his undertaking*", „*derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*"). In de Duitse taalversie van richtlijn 85/577 wordt in punt 4 van de considerans dezelfde term gebruikt als in artikel 5, lid 1 („das Recht, […] zurückzutreten"). Een vergelijkende analyse van de begrippen „opzegging" en „afstand" zou in het kader van deze conclusie te ver gaan, daar de rechtsgevolgen daarvan worden bepaald door het nationale recht; ik merk slechts op dat ik in deze conclusie niet beide termen zal gebruiken maar enkel „opzegging van de overeenkomst".

7. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 85/577 bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op overeenkomsten die tussen een handelaar die goederen levert of diensten verricht, en een consument worden gesloten:

[…]

— tijdens een bezoek van de handelaar

i) ten huize van deze consument of van een andere consument;

[…]

indien het bezoek niet op uitdrukkelijk verzoek van de consument plaatsvindt."

8. Artikel 4 van richtlijn 85/577 bepaalt het volgende:

„De handelaar is verplicht de consument, in het geval van transacties als bedoeld in artikel 1, schriftelijk mededeling te doen van het feit dat hij het recht heeft de overeenkomst binnen de in artikel 5 gestelde termijnen op te zeggen, alsmede van de naam en het adres van degene tegen wie dit recht kan worden uitgeoefend. Deze mededeling is gedateerd en bevat de gegevens ter identificatie van de overeenkomst. Deze mededeling wordt aan de consument gedaan:

a) in het in artikel 1, lid 1, genoemde geval op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten;

b) in het in artikel 1, lid 2, genoemde geval uiterlijk op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten;

c) in het in artikel 1, lid 3, en artikel 1, lid 4, genoemde geval op het ogenblik waarop de consument zijn aanbieding doet. De lidstaten zien erop toe dat in hun nationale wetgeving passende bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de consument indien de in dit artikel bedoelde mededeling niet wordt gedaan."

9. Artikel 5 van richtlijn 85/577 bepaalt:

„1. De consument heeft het recht om, door middel van een kennisgeving binnen een termijn van ten minste[4] zeven dagen na het tijdstip waarop de consument de in artikel 4 bedoelde informatie heeft ontvangen, op de door de nationale wetgeving voorgeschreven wijze en voorwaarden, afstand te doen van de gevolgen van zijn verbintenis. Voor het in acht nemen van de termijn is verzending van de kennisgeving vóór het einde van de termijn voldoende.

2. De kennisgeving heeft tot gevolg dat de consument van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst is ontslagen."

B — *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*

10. Artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie[5]

4 — [Voetnoot uitsluitend van belang voor de Sloveense versie van deze conclusie.]

5 — Het Handvest is voor het eerst plechtig afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB C 364, blz. 1) en vervolgens nogmaals op 12 december 2007 te Straatsburg (PB C 303, blz. 1).

(hierna: „Handvest") bepaalt, onder het opschrift „Consumentenbescherming":

„In het beleid van de Unie wordt zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming."

C — *Nationaal recht*

11. In Spanje is richtlijn 85/577 in nationaal recht omgezet bij wet 26/1991 van 21 november 1991 betreffende buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten [6] (hierna: „wet 26/1991").

12. Artikel 3 van wet 26/1991 luidt:

„1. De overeenkomst of het aanbod, zoals bedoeld in artikel 1, wordt schriftelijk vastgesteld in twee exemplaren, vergezeld van een herroepingsformulier [7], en wordt eigenhandig door de consument gedateerd en ondertekend.

2. De overeenkomst bevat in duidelijke letters onmiddellijk boven de plaats die is voorbehouden voor de handtekening van de consument de duidelijke en nauwkeurige vermelding dat deze het recht heeft om zijn toestemming in te trekken en vermeldt de voorwaarden voor de uitoefening van dit recht en de gevolgen ervan.

3. Het herroepingsformulier bevat duidelijk de vermelding ‚herroepingsformulier', met opgave van de naam en het adres van degene aan wie het gericht is en de gegevens aan de hand waarvan de overeenkomst en de contractpartijen kunnen worden geïdentificeerd.

4. Na de ondertekening van de overeenkomst overhandigt de onderneming of de persoon die voor haar rekening optreedt een van de exemplaren en het opzeggingsformulier aan de consument.

5. De bewijslast betreffende de nakoming van de door dit artikel opgelegde verplichtingen rust op de onderneming."

6 — Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, *Boletín Oficial del Estado* (BOE) nr. 283 van 26 november 1991, blz. 38165.

7 — Wet 26/1991 gebruikt het woord „revocación".

13. Artikel 4 van wet 26/1991 stelt de gevolgen van niet-inachtneming van de in artikel 3 genoemde voorwaarden vast als volgt:

„De overeenkomst die wordt gesloten, of een aanbod dat wordt gedaan, in strijd met de voorwaarden van het vorige artikel, kan op verzoek van de consument nietig worden verklaard.

De onderneming kan in geen geval een nietigheidsgrond aanvoeren, tenzij de niet-inachtneming uitsluitend te wijten is aan de consument."

14. Artikel 9 van wet 26/1991 luidt:

„De consument kan geen afstand doen van de bij deze wet verleende rechten. Contractuele bedingen die gunstiger zijn voor de consument, worden evenwel geldig geacht."

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

15. Eva Martín Martín ondertekende op 20 mei 2003 bij haar thuis een overeenkomst met een vertegenwoordiger van de onderneming EDP Editores S.L. (hierna: „EDP") voor de levering van vijftien boeken, vijf DVD's en een DVD-speler. [8] De goederen werden haar geleverd op 2 juni 2003. De verkoopprijs bedroeg 1 909 EUR, waarvan door Eva Martín Martín 47,48 EUR is betaald, en het restant van 1 861,52 EUR onbetaald is gebleven.

16. Daar EDP voor de geleverde goederen geen betaling verkreeg, verzocht zij de Juzgado de Primera Instancia número Uno de Salamanca tegen Eva Martín Martín een bevel tot betaling van het resterende bedrag van 1 861,52 EUR en de wettelijke vertragingsrente. Tegen de uitspraak van 14 juni 2007 waarbij zij tot betaling van het gevorderde bedrag werd veroordeeld, stelde Eva Martín Martín beroep in bij de Audiencia Provincial de Salamanca (hierna: „de verwijzende rechter").

17. In de verwijzingsbeslissing komt de verwijzende rechter tot het oordeel dat de

8 — De wettige partner van Eva Martín Martín, Juan Caballo Bueno, wordt in de overeenkomst genoemd als koper, maar de overeenkomst is ondertekend door Eva Martín Martín. In de gehele procedure voor de Spaanse rechter is Eva Martín Martín daarom beschouwd als enige partij bij de overeenkomst.

overeenkomst nietig zou kunnen zijn omdat de consument niet op de hoogte is gesteld van zijn recht van opzegging binnen zeven dagen na ontvangst van de goederen, noch van de voorwaarden en gevolgen van de uitoefening van dit recht. De verwijzende rechter benadrukt tevens dat de consument noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep om vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst heeft verzocht.

18. De verwijzende rechter tekent hierbij aan dat de consument volgens het Spaanse recht — in het bijzonder artikel 4 van wet 26/1991 — dient te verzoeken om vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst die is gesloten zonder dat is voldaan aan het vereiste dat de consument wordt gewezen op zijn opzeggingsrecht. Het Spaanse burgerlijk procesrecht hanteert voorts het beginsel dat de rechter niet ultra petita kan beslissen *(„principio de rogación")*, zodat de rechter niet ambtshalve kan oordelen over feiten, bewijsmiddelen en aanspraken die door partijen niet in het geding zijn gebracht. De verwijzende rechter vraagt zich daarom af of hij bij zijn vonnis in deze zaak uitsluitend rekening moet houden met de door partijen aangevoerde middelen, dan wel op grond van richtlijn 85/577 toch bevoegd is ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst vast te stellen.

19. Daarop heeft de verwijzende rechter bij beslissing van 20 mei 2008 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 153 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 3 EG en 95 EG en met artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en met richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, met name met artikel 4 daarvan, aldus worden uitgelegd dat de rechterlijke instantie waarbij hoger beroep tegen een vonnis in eerste aanleg wordt ingesteld, een onder deze richtlijn vallende overeenkomst ambtshalve nietig kan verklaren, ook al heeft de verwerende consument deze nietigheid nooit aangevoerd in het kader van zijn verzet tegen een bevel tot betaling, tijdens de mondelinge behandeling van de zaak of in het kader van het hoger beroep?"

IV — Procesverloop voor het Hof

20. De verwijzingsbeslissing is op 26 mei 2008 bij het Hof binnengekomen. EDP, de Spaanse en de Oostenrijkse regering, alsook

de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 12 maart 2009 hebben EDP, de Spaanse en de Tsjechische regering — die geen schriftelijke opmerkingen had ingediend — alsook de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt en geantwoord op de vragen van het Hof.

V — Argumenten van partijen

21. *EDP* meent dat artikel 4 van richtlijn 85/577 niet aldus kan worden uitgelegd dat het de nationale rechter toestaat, ambtshalve de nietigheid vast te stellen van een met een consument buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, wanneer die consument zich niet op de nietigheid heeft beroepen.

22. EDP benadrukt in haar betoog dat de lidstaten ingevolge artikel 4 van richtlijn 85/577 in hun nationale wetgeving moeten zorgen voor passende maatregelen voor de bescherming van de consument, en dat negens in de richtlijn wordt bepaald dat de rechter ambtshalve de nietigheid kan vaststellen wanneer de consument zich niet op de nietigheid heeft beroepen. De relevante Spaanse wetgeving [9], die bepaalt dat de consument moet verzoeken om vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst, is dus niet strijdig met artikel 4 van richtlijn 85/577, maar beschermt juist het recht van de consument. Tevens moet worden nagegaan of een nationale bepaling de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. [10]

23. Voorts maakt het Spaanse recht onderscheid tussen relatieve en absolute nietigheid. De eventuele nietigheid van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten is een relatieve nietigheid, waarvan de vaststelling altijd door een partij moet worden verzocht. Bij absolute nietigheid is een verzoek tot vaststelling van de nietigheid naar Spaans recht niet voorgeschreven en dit kan ook worden ingediend door een derde; ook kan deze nietigheid ambtshalve door de rechter worden vastgesteld.

24. *De Spaanse regering* is van mening dat artikel 4 van richtlijn 85/577 niet noodzakelijkerwijs aldus kan worden uitgelegd dat het de nationale rechter toestaat ambtshalve de nietigheid vast te stellen van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, wanneer de consument zich in geen enkele fase van de procedure op de nietigheid van de overeenkomst heeft beroepen.

25. Het beschermingsniveau dat wet 26/1991 de consument biedt, voldoet geheel aan de

9 — EDP meent dat in casu het koninklijk besluit van 16 november 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), waarbij wet 26/1991 is ingetrokken, relevant is. Zoals de Spaanse regering bevestigt (zie voetnoot 11 van deze conclusie), is niettemin wet 26/1991, die van kracht was ten tijde van de feiten, op het onderhavige geval van toepassing.

10 — EDP beroept zich daarvoor op het arrest van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 14).

eisen van het EG-Verdrag en richtlijn 85/577, zodat de bepalingen van richtlijn 85/577 bij deze wet volledig en correct zijn omgezet in Spaans recht. [11] Artikel 4 van wet 26/1991 verleent de consument adequate bescherming dankzij de bepaling dat de consument kan verzoeken om vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst wanneer hij niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld. De verplichting van de lidstaten op grond van artikel 4 van richtlijn 85/577 — op grond waarvan zij erop moeten toezien dat in hun nationale wetgeving passende bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de consument — kan op verschillende manieren worden vervuld, onder meer door de consument de mogelijkheid te geven om vaststelling van de nietigheid te verzoeken. De keuze van de wijze waarop deze consumentenbescherming wordt gegarandeerd is volgens de Spaanse regering voorbehouden aan de eigen nationale wetgeving van elke lidstaat.

26. Volgens de rechtspraak van het Hof inzake richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten [12] (hierna: „richtlijn 93/13") moet de rechter ambtshalve de nietigheid van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten kunnen toetsen, wanneer de bescherming van de openbare orde in het geding is. De Spaanse regering verwijst naar de arresten Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (hierna: „arrest Océano Grupo") [13], Cofidis [14] en Mostaza Claro. [15] Hoewel in de onderhavige zaak niet richtlijn 93/13 maar richtlijn 85/577 toepasselijk is, moet volgens de Spaanse regering bij de beoordeling van deze zaak op basis van richtlijn 85/577 ook met deze rechtspraak rekening worden gehouden. Wel moet worden nagegaan of de onderhavige zaak een kwestie van openbare orde betreft.

27. *De Oostenrijkse regering* is van mening dat artikel 4 van richtlijn 85/577 aldus moet worden uitgelegd dat het van de lidstaten niet eist dat hun rechters ambtshalve de nietigheid van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten vaststellen zonder dat de consument zich in de procedure voor de nationale rechter op de nietigheid heeft beroepen.

28. Uit artikel 4 van richtlijn 85/577 kan niet worden afgeleid dat de overeenkomst reeds nietig is omdat de ondernemer de consument

11 — De Spaanse regering bevestigt tevens dat in het Spaanse recht wet 26/1991 is vervangen door koninklijk besluit 1/2007 van 16 november 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), maar dat wet 26/1991 ten tijde van de feiten nog van kracht was.

12 — PB L 95, blz. 29.

13 — Arrest van 27 juni 2000, Océano Grupo en Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941).

14 — Arrest van 21 november 2002, Cofidis (C-473/00, Jurispr. blz. I-10875).

15 — Arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Jurispr. blz. I-10421).

niet op de hoogte heeft gesteld van zijn recht van opzegging. Anders dan in deze richtlijn het geval is, bepaalt artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 uitdrukkelijk dat de „lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten […] de consument niet binden". Artikel 4 van richtlijn 85/577 daarentegen bepaalt slechts: „De lidstaten zien erop toe dat in hun nationale wetgeving passende bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de consument." Bij gebreke van communautaire bepalingen en overeenkomstig vaste rechtspraak stelt de interne rechtsorde van elke lidstaat de procedureregels vast voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen. [16]

29. Tevens kunnen de lidstaten — indien de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld — andere passende bepalingen aannemen, bijvoorbeeld dat de consument de overeenkomst zonder termijn kan opzeggen [17]; een andere maatregel zou kunnen zijn dat de rechter verplicht wordt, de consument over zijn opzeggingsrecht te informeren. Ambtshalve vaststelling van de nietigheid is dus slechts een van de mogelijkheden waarover de lidstaten beschikken ter bescherming van de consument in de zin van artikel 4 van richtlijn 85/577.

30. De Oostenrijkse regering is dan ook van mening dat artikel 4 van richtlijn 85/577 niet van de lidstaten eist dat hun rechters ambtshalve de nietigheid van een overeenkomst vaststellen wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld.

31. *De Commissie* is daarentegen van mening dat richtlijn 85/577 aldus moet worden uitgelegd dat de nationale rechter — indien de overeenkomst is gesloten in strijd met de verplichting om de consument van zijn opzeggingsrecht op de hoogte te stellen — dit verzuim en dus de nietigheid van de overeenkomst ambtshalve moet vaststellen, ook al heeft de consument zich niet op de nietigheid van de overeenkomst beroepen. Dat de consument om vaststelling van de nietigheid kan verzoeken, is, wanneer hij niet van zijn recht van opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld, geen passende maatregel van consumentenbescherming in de zin van artikel 4 van richtlijn 85/577. Het risico bestaat dat de consument zijn rechten niet kent en er zich dus niet op beroept.

32. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn, bij ontbreken van een gemeenschapsregeling op een bepaald gebied, de procedurevoorschriften ter verzekering van de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, op grond van het beginsel van procesautonomie

16 — De Oostenrijkse regering verwijst naar de arresten van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5), en 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 39).

17 — De Oostenrijkse regering verwijst naar het arrest van 13 december 2001, Heininger (C-481/99, Jurispr. blz. I-9945).

van de lidstaten een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten, met dien verstande dat zij niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel). [18] De Commissie is tevens van mening dat de nationale rechter slechts ambtshalve mag optreden in het algemeen belang. [19]

33. Het Hof heeft in zijn rechtspraak inzake richtlijn 93/13 eerder verklaard dat een nationale rechter ambtshalve kan beoordelen of sprake is van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. [20] Voorts heeft het Hof ook beslist, in verband met richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet [21] (hierna: „richtlijn 87/102"), dat de nationale rechter de mogelijkheid heeft, er ambtshalve op toe te zien dat de consument jegens de uitlener bepaalde rechten kan doen gelden. [22] Deze rechtspraak kan naar analogie worden toegepast bij de uitlegging van richtlijn 85/577.

34. Ter terechtzitting heeft de Commissie daaraan toegevoegd dat andere maatregelen — bijvoorbeeld administratieve sancties, de onbeperkte mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen of de verplichting van de rechter de consument te informeren over zijn opzeggingsrecht — geen passende consumentenbescherming bieden. Administratieve sancties kunnen weliswaar een afschrikkende werking hebben, maar zij zijn niet bedoeld ter bescherming van de individuele consument; de mogelijkheid om de overeenkomst onbeperkt op te zeggen is geen passende maatregel omdat het risico bestaat dat de consument zijn rechten niet kent; de verplichting van de rechter om de consument te informeren over zijn opzeggingsrecht hangt ervan af of het nationale procesrecht deze mogelijkheid kent. Ten slotte zal de consument, aangezien hij in bepaalde gevallen de overeenkomst in stand zal willen houden, de mogelijkheid moeten hebben om zich tegen de vaststelling van de nietigheid daarvan te verzetten, en zal de overeenkomst hem in een dergelijk geval blijven binden.

18 — De Commissie beroept zich dienaangaande op de arresten va 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punt 17); 9 december 2003, Commissie/Italië (C-129/00, Jurispr. blz. I-14637, punt 25); 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28), en 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 24).

19 — De Commissie verwijst in dit verband naar de in voetnoot 18 aangehaalde arresten Van Schijndel en Van Veen (punt 21) en Van der Weerd e.a. (punt 35).

20 — De Commissie citeert in dit verband de arresten Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 28), Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 32) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 27).

21 — PB L 42, blz. 48. Ik wijs erop dat deze richtlijn is ingetrokken bij richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PB L 133, blz. 66).

22 — De Commissie citeert in dit verband het arrest van 4 oktober 2007, Rampion en Godard (C-429/05, Jurispr. blz. I-8017).

35. *De Tsjechische regering,* die geen schriftelijke opmerkingen heeft ingediend, heeft ter terechtzitting aangevoerd dat zij zich niet kan vinden in de opvatting van de Commissie en dat richtlijn 85/577 niet aldus mag worden uitgelegd dat de nationale rechter ambtshalve de nietigheid van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten kan vaststellen indien de consument niet op de hoogte is gesteld van zijn recht om de overeenkomst op te zeggen.

36. De Tsjechische regering brengt voor deze opvatting drie gronden naar voren. Ten eerste wordt met de ambtshalve vaststelling van de nietigheid inbreuk gemaakt op het recht van de consument om zelf te beslissen of hij de overeenkomst in stand wil laten of niet; ingevolge artikel 5 van richtlijn 85/577 heeft immers alleen de consument het recht de overeenkomst op te zeggen. Zelfs wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld, vervalt dit recht niet, daar uit artikel 5 van richtlijn 85/577 voortvloeit dat de termijn voor opzegging van de overeenkomst pas aanvangt op het tijdstip waarop de consument over zijn recht is geïnformeerd. Ten tweede zijn de lidstaten bij uitsluiting bevoegd op het gebied van het burgerlijk procesrecht; er is slechts sprake van gedeelde bevoegdheid op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, en dan nog alleen wanneer het zaken betreft met grensoverschrijdende aspecten. Men kan zich afvragen of artikel 94 EG (voorheen artikel 100 EG-Verdrag), op basis waarvan richtlijn 85/577 is aangenomen, kan worden gebruikt voor het treffen van maatregelen die het gebied van de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten betreden. Bij de beoordeling van deze vraag moet het evenredigheidsbeginsel worden betrokken. Ten derde kan de rechtspraak over andere richtlijnen op het gebied van de consumentenbescherming, ten aanzien waarvan het Hof het ambtshalve optreden van de nationale rechter reeds heeft toegestaan, niet op de onderhavige zaak worden toegepast daar deze betrekking heeft op richtlijn 85/577, die andere bepalingen bevat en een andere systematiek heeft dan de richtlijnen ten aanzien waarvan het Hof het ambtshalve optreden van de nationale rechter heeft toegestaan.

VI — Beoordeling

A — *Inleiding*

37. Deze zaak betreft de problematiek van het sluiten van overeenkomsten buiten verkoopruimten en de vraag welke consequenties het

heeft wanneer de koper niet van zijn recht van opzegging van een dergelijke overeenkomst op de hoogte is gesteld. Het Hof heeft zich in zijn rechtspraak reeds meerdere malen uitgesproken over de problematiek van de consequenties van het ontbreken van deze informatie [23], maar het heeft tot nu toe nog niet beslist of de nationale rechter bij die gelegenheid een actieve rol moeten spelen en ingeval de consument niet is geïnformeerd ambtshalve moet optreden. Het Hof zal dus voor zijn uitspraak in de onderhavige zaak heel precies de doelstellingen van richtlijn 85/577 en de formulering van de afzonderlijke bepalingen onder de loep moeten nemen.

38. De verwijzende rechter wenst met zijn prejudiciële vraag in wezen te vernemen of artikel 153 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 3 EG en 95 EG, artikel 38 van het Handvest en de bepalingen van richtlijn 85/577 — in het bijzonder artikel 4 van deze richtlijn — aldus moeten worden uitgelegd dat zij de nationale rechter toestaan, wanneer de consument niet van zijn recht van opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld, ambtshalve de nietigheid van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst vast te stellen, ook al heeft de consument zich in de procedure voor de nationale rechter niet op de nietigheid van de overeenkomst beroepen.

23 — Zie het arrest Heininger (aangehaald in voetnoot 17) en de arresten van 25 oktober 2005, Schulte (C-350/03, Jurispr. blz. I-9215) en Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Jurispr. blz. I-9273), en 10 april 2008, Hamilton (C-412/06, Jurispr. blz. I-2383).

B — *Bespreking van de prejudiciële vraag*

1. Opmerkingen vooraf over de prejudiciële vraag

a) Bepalingen van het gemeenschapsrecht waarvan de verwijzende rechter uitlegging verzoekt

39. De verwijzende rechter verzoekt in zijn prejudiciële vraag om uitlegging van verschillende bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 153 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 3 EG en 95 EG, artikel 38 van het Handvest en enkele bepalingen van richtlijn 85/577. Van deze bepalingen zal de uitlegging van die van richtlijn 85/577, die als afgeleid recht de concretisering vormen van de in het primaire recht vastgelegde inspanningen van de Gemeenschap voor de bescherming van de consument, van beslissende betekenis zijn voor het oordeel in de onderhavige zaak.

40. Artikel 153 EG, dat in het Verdrag staat onder de titel „Consumentenbescherming", bepaalt in lid 1 in algemene zin dat de Gemeenschap om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen,

bijdraagt tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten, alsmede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen; in lid 2 wordt bepaald dat de Gemeenschap bij het bepalen en uitvoeren van zijn beleid en optreden op andere gebieden rekening houdt met de eisen ter zake van consumentenbescherming. Artikel 153 EG, leden 3 en 4, geeft aan welke maatregelen de Gemeenschap neemt om de doelstellingen van consumentenbescherming te verwezenlijken en op welke rechtsgrondslag. Ingevolge lid 5 kunnen de lidstaten strengere maatregelen voor consumentenbescherming treffen.

41. Artikel 153 EG is dus een algemene bepaling van primair communautair recht inzake consumentenbescherming. Een nog algemenere bepaling inzake consumentenbescherming is artikel 3, lid 1, EG, dat de verschillende gebieden definieert waarop de Gemeenschap actief is, waaronder ook sub t van dit artikel het leveren van een bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming wordt genoemd. Het bepaalde in richtlijn 85/577 moet worden uitgelegd aan de hand van deze algemene bepalingen van het EG-Verdrag.

42. De verwijzende rechter verzoekt in zijn prejudiciële vraag tevens uitlegging van artikel 95 EG en artikel 38 van het Handvest.

43. Artikel 95 EG dient als grondslag voor maatregelen die de instelling en de werking van de interne markt tot doel hebben. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet direct, waarom de verwijzende rechter uitlegging van dit artikel verzoekt, aangezien richtlijn 85/577 niet is vastgesteld op deze rechtsgrondslag maar op de grondslag van artikel 94 EG (voorheen artikel 100 EG-Verdrag). De uitlegging van artikel 95 EG is dan ook mijns inziens in casu niet noodzakelijk.

44. Artikel 38 van het Handvest bepaalt dat in het beleid van de Unie wordt zorggedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming. Met betrekking tot de bepalingen van het Handvest wijs ik erop dat deze geen deel uitmaken van de communautaire rechtsorde en dat het Hof dus niet tot uitlegging daarvan bevoegd is. [24] Wel worden zij door de advocaten-generaal regelmatig in hun betoog betrokken [25] en heeft ook het Hof het Handvest reeds in zijn overwegingen genoemd. [26] De bepalingen van het Handvest kunnen dus in de onderhavige zaak worden gebruikt als hulpmiddel bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 85/577, al kan er geen beroep op worden gedaan voor de beantwoording van de prejudiciële vraag.

24 — Zie in die zin beschikkingen van 6 oktober 2005, Vajnai (C-328/04, Jurispr. blz. I-8577, punt 13), en 16 januari 2008, Polier (C-361/07, punt 11).

25 — Zie bijvoorbeeld conclusie van advocaat-generaal Maduro van 9 september 2008 in de zaak Elgafaji (arrest van 17 februari 2009, C-465/07, Jurispr. blz. I-921, punten 21 en 23); mijn conclusie van 11 september 2008 in de zaak Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement (arrest van 19 februari 2009, C-308/07 P, Jurispr. blz. I-1059, punten 56, 91 en 92); conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 21 januari 2009 in de zaak Mono Car Styling (C-12/08, nog aanhangig bij het Hof, punten 49, 83, 95 en 97), en conclusie van advocaat-generaal Kokott van 22 januari 2009 in de zaak Mellor (arrest van 30 april 2009, C-75/08, Jurispr. blz. I-3799, punten 24, 25 en 33).

26 — Zie arrest van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37).

45. De uitlegging van de bepalingen van richtlijn 85/577 zal beslissend zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vraag. Weliswaar noemt de verwijzende rechter in zijn vraag alleen artikel 4 van de richtlijn met zoveel woorden, maar het Hof moet volgens vaste rechtspraak de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de voor hem dienende zaak, ongeacht of deze in zijn vragen worden genoemd. [27] Bij de uitlegging van richtlijn 85/577 zal naast artikel 4 in het bijzonder moeten worden gelet op artikel 5, dat eveneens betrekking heeft op het recht van de consument op opzegging van de overeenkomst.

b) In de prejudiciële vraag aan de orde gestelde problemen

46. Alvorens de prejudiciële vraag te bespreken, wil ik wijzen op de complexiteit van de daarin aan de orde gestelde juridische problemen; bij de bespreking van de vraag zal ik deze complexiteit als leidraad hanteren.

47. In de eerste plaats gaat de verwijzende rechter er blijkens hetgeen hij in zijn beslissing vermeldt van uit dat de Spaanse regeling op grond waarvan de consument vaststelling van de nietigheid moet verzoeken, niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de bepalingen van richtlijn 85/577 en de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de consumentenbescherming. Bij de analyse van de prejudiciële vraag moet dus worden bezien of deze aanname van de verwijzende rechter juist is en of de toepasselijke Spaanse regeling passende maatregelen garandeert voor het geval dat de consument niet van zijn recht op opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld.

48. In de tweede plaats moet er rekening mee worden gehouden dat de prejudiciële vraag betrekking heeft op de ambtshalve vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst ingeval de consument niet is geïnformeerd, omdat naar Spaans recht het niet-informeren van de consument de relatieve nietigheid van de overeenkomst tot gevolg heeft; daar de verwijzende rechter relatieve nietigheid geen passende maatregel van consumentenbescherming acht, wil hij absolute nietigheid toepassen om in deze bescherming te voorzien. De verwijzende rechter vraagt bijgevolg niet of hij de bepalingen van richtlijn 85/577 ambtshalve mag toepassen, maar of hij ambtshalve toepassing kan geven aan de bepalingen van de Spaanse wet waarbij deze richtlijn in Spaans recht is omgezet. Richtlijn 85/577 bepaalt immers nergens dat de overeenkomst nietig is wanneer de consument niet op de hoogte is gesteld van zijn recht op opzegging van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst. De richtlijn verbindt dus geen andere consequenties aan het niet-informeren van de consument, maar bepaalt in artikel 4, derde alinea, eenvoudig dat de lidstaten erop toezien dat in hun nationale wetgeving *passende bepalingen* zijn opgenomen ter bescherming van de consument

27 — Zie bijvoorbeeld arresten van 12 december 1990, SARPP (C-241/89, Jurispr. blz. I-4695, punt 8); 4 maart 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Jurispr. blz. I-1301, punt 16); 7 september 2004, Trojani (C-456/02, Jurispr. blz. I-7573, punt 38); 12 mei 2005, RAL (Channel Islands) e.a. (C-452/03, Jurispr. blz. I-3947, punt 25), en 22 december 2008, Kabel Deutschland (C-336/07, Jurispr. blz. I-10889, punt 47).

voor het geval deze informatie niet wordt verstrekt. De lidstaten beslissen dus zelf, welke consequenties zij willen verbinden aan het geval dat de consument niet van zijn recht op opzegging op de hoogte is gebracht, en de richtlijn eist alleen dat deze maatregelen passend zijn voor de bescherming van de consument. [28] Het Hof zal er in zijn antwoord op de prejudiciële vraag dan ook op moeten letten dat het met zijn beslissing andere lidstaten niet ertoe verplicht, in hun nationale rechtsorde vast te leggen dat het niet-informeren van de consument over zijn opzeggingsrecht als consequentie heeft dat de overeenkomst nietig is.

recht of de plicht heeft om ambtshalve op te treden.

2. Is relatieve nietigheid een passende maatregel in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577?

49. Ik zal hierna allereerst ingaan op de vraag of de relatieve nietigheid van de overeenkomst ingevolge het Spaanse recht, een passende maatregel is in de zin van artikel 4, derde alinea van richtlijn 85/577; vervolgens zal ik de algemene regel van gemeenschapsrecht inzake de ambtshalve beoordeling bespreken; ga ik inhoudelijk in op de rechtspraak waarin het Hof een uitzondering op deze regel heeft erkend en op de vraag of deze rechtspraak op het onderhavige geval kan worden toegepast; ten slotte zal ik ingaan op de vraag of de nationale rechter in de onderhavige zaak het

50. De Spaanse regeling bepaalt dat, indien de overeenkomst is gesloten zonder dat de consument van zijn recht van opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld, de nietigheid van de overeenkomst kan worden vastgesteld op verzoek van de consument; het Spaanse recht kent dus relatieve nietigheid.

28 — Zo ook het rapport van de Europese Commissie *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive),* op http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, blz. 9. Zie ook in de rechtsliteratuur Ehricke, U., „L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effet juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives", in *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier* (EUREDIA), nr. 1/2004, blz. 163, die benadrukt dat richtlijn 85/577 de lidstaten een ruime beoordelingsmarge verleent voor de omzetting van de bepalingen van de richtlijn in nationaal recht.

51. Op dit punt zou ik er wat het gebruik van het begrip „nietigheid" zowel in theoretisch als in terminologisch opzicht op willen wijzen dat Spanje behoort tot de lidstaten die onderscheid maken tussen „absolute nietigheid" en

„relatieve nietigheid" (evenals bijvoorbeeld België [29] en Frankrijk [30]), terwijl andere lidstaten onderscheiden tussen „nietigheid" en „vernietigbaarheid" van overeenkomsten (bijvoorbeeld Oostenrijk [31], Duitsland [32], Nederland [33] en Slovenië [34]). Het Spaanse recht voorziet bijvoorbeeld in absolute nietigheid, wanneer een van de voorwaarden voor het aangaan van een overeenkomst niet is vervuld of de overeenkomst in strijd is met dwingend recht of de goede zeden [35], terwijl relatieve nietigheid optreedt in geval van wilsgebreken bij het aangaan van de overeenkomst. [36] De rechter toetst ambtshalve op absolute nietigheid en iedere belanghebbende kan zich erop beroepen, terwijl relatieve nietigheid moet worden ingeroepen door de belanghebbende zelf. [37] Het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid is weliswaar terminologisch verschillend, maar inhoudelijk zijn de begrippen vergelijkbaar [38]; eenieder kan zich op nietigheid beroepen en de rechter moet de nietigheid ambtshalve toetsen. Indien er gronden zijn om de overeenkomst te vernietigen, kan alleen de belanghebbende op deze gronden een beroep doen. [39] Ik wijs er voorts op dat op de nietigheid en vernietigbaarheid van overeenkomsten tevens wordt ingegaan in het werkdocument *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [40] (ontwerp van een gemeenschappelijk referentiekader). Dit document vermeldt in artikel II.-7:301 dat een overeenkomst nietig is indien a) deze in strijd is met een in het recht van de lidstaten van de Europese Unie erkend grondbeginsel, en b) voor de goede werking van dit

29 — Zie bijvoorbeeld Van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2e druk, Acco, Leuven 2006, blz. 146 e.v., die uitleenzet dat het Belgische recht onderscheidt tussen absolute en relatieve nietigheid.

30 — Zie bijvoorbeeld Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12e druk, Sirey, Parijs 2006, blz. 259, punt 324.

31 — Krachtens het Oostenrijkse recht wordt een overeenkomst vernietigd wanneer deze door misleiding of bedreiging tot stand is gekomen; vgl. Rummel, P., in Rummel, P., Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Manz, Wenen 2000, Kommentar zu § 870, blz. 1321, punt 1. Van nietigheid daarentegen is krachtens § 879 ABGB bijvoorbeeld sprake wanneer een overeenkomst indruist tegen een wettelijk verbod of tegen de goeden zeden. Beklemtoond moet worden dat de Oostenrijkse doctrine binnen het kader van de nietigheid bovendien nog onderscheid maakt tussen absolute nietigheid, waarop eenieder zich kan beroepen en waarmee de gerechten ambthalve rekening moeten houden, en relatieve nietigheid, waarop alleen een beroep kan worden gedaan door degene die door de geschonden norm wordt beschermd. Zie hierover Krejci, H., in Rummel, P., op. cit. hierboven, Kommentar zu § 879, blz. 1447, punten 247-249.

32 — Zie bijvoorbeeld Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9e druk, Beck, München 2004, blz. 796, punten 4 e.v. (over nietigheid), alsmede blz. 800, punten 21 e.v. (over aanvechtbaarheid).

33 — Zie bijvoorbeeld Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten*, deel 1, 7e druk, Kluwer, Deventer 2007, blz. 224, punt 218; Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, deel 2, 12e druk, Kluwer, Deventer 2005, blz. 484, punt 459.

34 — Zie bijvoorbeeld Polajnar Pavčnik, A., in: Juhart, M., Plavšak, N. (eds.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, GV založba, Ljubljana 2003, commentaar op artikel 86, blz. 506 e.v. (over nietigheid), commentaar op artikel 94, blz. 524 e.v. (over aanvechtbaarheid).

35 — Zie Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada,* Boletín oficial del estado, Madrid 2006, blz. 1430, commentaar op artikel 1.300, punten 4.399 en 4.407. Vergelijk met betrekking tot het Franse recht Flour, J. et al., op. cit. (voetnoot 30), blz. 259, punt 325; met betrekking tot het Belgische recht Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 2000, blz. 676, punt 539.

36 — Zie Moreno Gil, Ó., op. cit. (voetnoot 35), blz. 1430, commentaar op artikel 1.300, punt 4.399. Vergelijk met betrekking tot het Franse recht Flour, J. et al. op. cit. (voetnoot 30), blz. 260, punt 325, en blz. 262, punt 328; zie voor het Belgische recht Van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2e druk, Acco, Leuven 2006, blz. 147.

37 — Zie Moreno Gil, Ó., op. cit. (voetnoot 35), blz. 1430, commentaar op artikel 1.300, punten 4.399 en 4.407. Vergelijk met betrekking tot het Franse recht Flour, J. et al., op. cit. (voetnoot 30), blz. 260, punt 326; met betrekking tot het Belgische recht bijvoorbeeld Van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2e druk, Acco, Leuven 2006, blz. 147.

38 — Zie met betrekking tot het Duitse recht bijvoorbeeld Larenz, K., Wolf, M., op. cit. (voetnoot 32), blz. 796, punt 2, die als voorbeeld van nietigheidsgronden noemt de niet-inachtneming van vormvoorschriften en schending van wettelijke verboden of goede zeden, en als voorbeeld van aanvechtbaarheidsgronden dwaling en bedrog (Arglistige Täuschung). Zie met betrekking tot het Nederlandse recht bijvoorbeeld Hartkamp, A. S., op. cit. (voetnoot 33), blz. 484 e.v., punten 459 en 460; zie voor het Sloveense recht Polajnar Pavčnik, A., op. cit. (voetnoot 34); over nietigheid het commentaar op artikel 86 (blz. 506 e.v.), over aanvechtbaarheid het commentaar op de artikelen 524 e.v.

39 — Zie bijvoorbeeld met betrekking tot het Duitse recht Larenz, K., op. cit. (voetnoot 32), blz. 797, punt 5; met betrekking tot het Nederlandse recht Hartkamp, A. S., op. cit. (voetnoot 33), blz. 485; zie voor de ambtshalve vaststelling van nietigheid punt 459, en voor het beroep op vernietigbaarheid punt 460; zie met betrekking tot het Sloveense recht Polajnar Pavčnik, A., op. cit. (voetnoot 34); zie voor de ambtshalve vaststelling van nietigheid het commentaar op artikel 92 (blz. 50 e.v.), en voor het beroep op vernietigbaarheid het commentaar op artikel 95 (blz. 527 e.v.).

40 — Von Bar, C. et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, München 2008.

beginsel de nietigheid van de overeenkomst vereist is. [41] Het DCFR voorziet in de nietigheid van overeenkomsten bijvoorbeeld in geval van dwaling [42], bedrog [43] of dwang [44] bij het sluiten van de overeenkomst.

52. Om te kunnen vaststellen of de Spaanse regeling, die voorziet in relatieve nietigheid van de overeenkomst wanneer de consument niet is ingelicht over zijn opzeggingsrecht, een passende maatregel is in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577, moet allereerst worden bezien wat de bijzondere kenmerken zijn van overeenkomsten die buiten verkoopruimten worden gesloten en wat de betekenis is van het recht van de consument op opzegging van dergelijke overeenkomsten.

53. Zoals volgt uit punt 4 van de considerans van richtlijn 85/577 is het over het algemeen de verkoper die het initiatief neemt voor de sluiting van een dergelijke overeenkomst en wordt de situatie van de consument gekenmerkt door een verrassingselement, daar hij niet op de sluiting van de overeenkomst voorbereid is. [45] De consument moet dus een bijzondere bescherming worden geboden, daar hij de kwaliteit en de prijs van het aanbod niet kan vergelijken met andere aanbiedingen. [46]

54. Vanwege de bijzondere kenmerken van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten moet de consument beschikken over een zekere bedenktijd, een *spatium deliberandi* [47] , waarin hij de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen beoordeelt, en over de mogelijkheid om de overeenkomst binnen een termijn van ten minste

41 — Artikel II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) luidt: „A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle."

42 — Zie bijvoorbeeld lid 1 van artikel II.-7:201 (Mistake), dat luidt: „A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake."

43 — Zie bijvoorbeeld lid 1 van artikel II.-7:205 (Fraud), dat luidt: „A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose."

44 — Zie bijvoorbeeld lid 1 van artikel II.-7:206 (Coercion or threats), dat luidt: „A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract."

45 — Zo verklaarde het Hof in het arrest van 25 oktober 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Jurispr. blz. I-9273, punt 43), dat de doelstelling van richtlijn 85/577 is de consument te beschermen tegen het bij huis-aan-huisverkoop aanwezige verrassingselement. Het verrassingselement wordt bijvoorbeeld ook benadrukt door Martín Briceño, M. del R., *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid 1999, blz. 162.

46 — Zie bijvoorbeeld Martín Briceño, op. cit. (voetnoot 45), blz. 162; Habersack, M., The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts, in: *European Business Law Review*, nr. 6/2000, blz. 394.

47 — Deze term voor de bedenktijd wordt gebruikt door Manes, P., „Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577", in: *Contratto e impresa. Europa*, nr. 2/1996, blz. 696.

zeven dagen op te zeggen overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn 85/577. [48] Indien hij besluit de overeenkomst op te zeggen, is hij van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst bevrijd. Dit recht van de consument is zo belangrijk dat hij er geen afstand van kan doen. [49]

55. Om de consument te garanderen dat hij van deze belangrijke rechten gebruik kan maken, is het essentieel dat hij daarvan op passende wijze en schriftelijk op de hoogte wordt gesteld. De verkoper profiteert immers van de omstandigheid dat hij de consument — wellicht als bevlieging of omdat hij het aanbod niet kan vergelijken met andere aanbiedingen — kan overhalen de overeenkomst aan te gaan en doet hem geen mededeling van zijn recht tot opzegging van de overeenkomst. Wanneer de consument is „afgekoeld" [50] krijgt hij misschien spijt van zijn beslissing, maar als hij niet weet dat hij de mogelijkheid heeft de overeenkomst op te zeggen, zal hij denken dat de overeenkomst hem bindt.

56. Voor de bescherming van de consument in het kader van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten is dus niet alleen belangrijk dat de consument het recht om de overeenkomst op te zeggen *bezit*, maar ook dat hij zich van zijn rechten *bewust is* en daarvan op de hoogte wordt gesteld. [51] Zoals het Hof in het arrest Heininger heeft verklaard, kan de consument zijn opzeggingsrecht niet uitoefenen wanneer hij er niet van op de hoogte is. [52] Wordt hij niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte gebracht, dan kan hij dus ook geen gebruik maken van alle daaraan verbonden rechten, bijvoorbeeld verzoeken om vaststelling van de nietigheid van de zonder deze informatie gesloten overeenkomst, tenzij wordt gegarandeerd dat hij van die (aan het opzeggingsrecht verbonden) rechten deugdelijk op de hoogte wordt gesteld.

57. De Spaanse regeling, die bepaalt dat de consument vaststelling van de nietigheid van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst kan verzoeken wanneer hij niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld, is dus mijns inziens geen passende maatregel in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn

48 — Zie in de rechtsliteratuur bijvoorbeeld Habersack, op. cit. (voetnoot 46), blz. 394. Mankowski, P., „Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte", in: *Juristenzeitung*, nr. 23/2008, blz. 1143, die benadrukt dat het opzeggingsrecht in wezen de enige bescherming van de consument is in richtlijn 85/577 en dat de geringste beperking van dit recht leidt tot verminderde bescherming.

49 — Zie artikel 6 van richtlijn 85/577, dat bepaalt dat de consument van de rechten die hem krachtens deze richtlijn zijn verleend geen afstand kan doen.

50 — De bedenktijd na sluiting van de overeenkomst wordt vaak „*cooling off period*" genoemd (letterlijk: „afkoelingsperiode"). Zie bijvoorbeeld het Groenboek Herziening van het consumentenacquis (uitgebracht door de Europese Commissie), COM(2006) 744 def., blz. 10 van de Engelse versie; onderzoek van de Europese Commissie, op. cit. (voetnoot 28), blz. 10.

51 — Ik voeg hieraan toe dat richtlijn 85/577 daarmee een bijzondere verantwoordelijkheid legt bij de verkoper, daar de uitoefening van de rechten van de consument afhangt van de door de verkoper verstrekte informatie. Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Léger van 12 juli 2001 in de zaak Heininger (C-481/99, Jurispr. blz. I-9945, punt 60).

52 — Zie arrest Heininger (aangehaald in voetnoot 17, punt 45). Zie voorts arrest Hamilton (aangehaald in voetnoot 23, punt 33), alsmede conclusie van advocaat-generaal Léger van 12 juli 2001 in de zaak Heininger (C-481/99, Jurispr. blz. I-9945, punt 60). Zie in de literatuur bijvoorbeeld Rudisch, B., „Das ‚Heininger'-Urteil des EuGH vom 13.12.2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?", in Eccher, B., Nemeth, K., Tangl, A. (eds.), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Wenen 2002, blz. 202.

85/577, tenzij wordt gegarandeerd dat hij van de rechten die hem in dat geval door het nationale recht worden verleend deugdelijk op de hoogte wordt gesteld.

58. Hierna moet dan ook worden nagegaan of de rechter ambtshalve moet toetsen of de consument van zijn recht van opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld.

3. Algemene regel: in het gemeenschapsrecht bestaat geen algemene verplichting tot ambtshalve toetsing

59. Ik wijs erop dat er op grond van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechters geen algemene verplichting bestaat om ambtshalve de rechten toe te kennen die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen. Volgens vaste rechtspraak zijn bij ontbreken van communautaire bepalingen op een bepaald gebied, de procedurevoorschriften ter verzekering van de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, op grond van het beginsel van procesautonomie van de lidstaten een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten, met dien verstande dat zij niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel). [53] Elk geval waarin de vraag rijst of een nationaal procedurevoorschrift de uitoefening van door de communautaire rechtsorde aan particulieren verleende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht, rekening houdend met de plaats van dit voorschrift in de gehele procedure en het verloop en de bijzonderheden van deze procedure voor de verschillende nationale instanties. [54]

60. Zoals eveneens uit de rechtspraak blijkt, houdt het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale rechter niet de verplichting in om ambtshalve een aan een communautaire bepaling ontleende grond, ongeacht het belang daarvan voor de communautaire rechtsorde, te onderzoeken, wanneer de partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om voor de nationale rechter een op het gemeenschapsrecht gebaseerde grond aan

53 — Zie in die zin arresten Peterbroeck (aangehaald in voetnoot 10, punt 12), en Van Schijndel (aangehaald in voetnoot 18, punt 17); arresten van 16 mei 2000, Preston (C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 31), en 9 december 2003, Commissie/Italië (C-129/00, Jurispr. blz. I-14637, punt 25); alsook arresten Van der Weerd (aangehaald in voetnoot 18, punt 28) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 24).

54 — Zie arresten Peterbroeck (aangehaald in voetnoot 10, punt 14), Van Schijndel (aangehaald in voetnoot 18, punt 19) en Van der Weerd (aangehaald in voetnoot 18, punt 33).

te voeren. [55] Dit berust op het beginsel dat het initiatief tot een procedure bij partijen ligt, zodat de rechter niet dan in uitzonderlijke gevallen, in het openbaar belang, ambtshalve kan optreden. [56]

61. Het Hof heeft in zijn rechtspraak niettemin een uitzondering op deze algemene regel gemaakt voor enkele richtlijnen op het gebied van de consumentenbescherming — allereerst in verband met richtlijn 93/13, later ook in verband met richtlijn 87/102 — en toegestaan dat de nationale rechter ter bescherming van de consument en ter verwezenlijking van de doelstellingen van die richtlijnen bepaalde gronden ambtshalve toetst. [57]

62. Ik zal daarom hierna eerst de inhoud van de rechtspraak inzake de richtlijnen 93/13 en 87/102 bespreken, en vervolgens onderzoeken of deze rechtspraak naar analogie kan worden toegepast op richtlijn 85/577.

4. Uitzondering op de algemene regel: rechtspraak inzake richtlijnen 93/13 en 87/102

a) Rechtspraak inzake richtlijn 93/13

63. In verband met richtlijn 93/13 zijn de zaken Océano Grupo [58], Cofidis [59] en Mostaza Claro [60] relevant.

64. In de zaak Océano Grupo benadrukte het Hof dat het door richtlijn 93/13 uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper of de leverancier in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen. [61] Het Hof wees erop dat het doel dat wordt nagestreefd met artikel 6 van richtlijn 93/13 — die de lidstaten verplicht te bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden — niet kan worden bereikt indien de

55 — Zie arrest Van der Weerd (aangehaald in voetnoot 18, punt 41); zie in die zin ook arrest Van Schijndel (aangehaald in voetnoot 18, punt 22). In de literatuur, zie bijvoorbeeld Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e druk, Sweet & Maxwell, Londen 2006, blz. 104, punt 3-035; Simon, D., „Modalités du relevé d'office", in: *Europe — Revue mensuelle LexisNexis Juris-Classeur*, augustus-september 2007, blz. 12; Jans, J. H., Marseille, A. T., „Joined Cases C-222–225/05, Van der Weerd and others v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233", in: *Common Market Law Review*, nr. 3/2008, blz. 858-859.

56 — Zie arresten Van Schijndel (aangehaald in voetnoot 18, punt 21) en Van der Weerd (aangehaald in voetnoot 18, punt 35).

57 — Voorts heeft het Hof ook een uitzondering op deze regel toegestaan in andere gevallen, zoals in het arrest Peterbroeck (aangehaald in voetnoot 10), waarin het oordeelde dat het gemeenschapsrecht in de weg staat aan de toepassing van nationale procedurevoorschriften die een nationale rechter verbieden, ambtshalve te toetsen of een bepaling van nationaal recht in overeenstemming is met een communautaire bepaling, wanneer de justitiabele daarop niet binnen een bepaalde termijn een beroep heeft gedaan. Hetzelfde geldt voor de toepassing van bepalingen van het communautaire mededingingsrecht; zie arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 40), en 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 en C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punt 31).

58 — Zie arrest Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13).

59 — Zie arrest Cofidis (aangehaald in voetnoot 14).

60 — Zie arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15).

61 — Zie arrest Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 25).

consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde moet stellen. [62] Het Hof benadrukte dat het gevaar bestaat dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep zal doen op de oneerlijkheid van een beding en dat een doeltreffende bescherming van de consument dus alleen kan worden bereikt indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen. [63]

65. Het Hof verklaarde in de zaak Océano Grupo tevens dat de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is, een geschikt middel is om het in artikel 6 van de richtlijn beoogde resultaat te bereiken, namelijk te verhinderen dat de individuele consument door een oneerlijk beding wordt gebonden, en om de verwezenlijking van het doel van artikel 7 [64] van de richtlijn te bevorderen, aangezien van een dergelijke toetsing een afschrikkende werking kan uitgaan die ertoe bijdraagt dat het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten van verkopers of leveranciers met consumenten, wordt gestaakt. [65]

66. Het Hof oordeelde in het arrest Océano Grupo dus dat de bescherming die richtlijn 93/13 de consument biedt, ook meebrengt dat *de nationale rechter ambtshalve kan toetsen of een beding in een overeenkomst oneerlijk is*. [66]

67. Evenzo benadrukte het Hof in het arrest Cofidis dat de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve het oneerlijke karakter van een beding te toetsen, noodzakelijk is om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt bij de uitoefening daarvan. [67] Het oordeelde in die zaak dan ook dat richtlijn 93/13 in de weg staat aan een nationale bepaling op grond waarvan — in het kader van een vordering die door een verkoper of leverancier is ingediend tegen een consument op basis van een tussen hen gesloten overeenkomst — de nationale rechter na het verstrijken van een bepaalde termijn niet meer ambtshalve of op verzoek van de consument kan vaststellen dat een beding in de overeenkomst oneerlijk is. [68]

68. Het Hof bevestigde het geciteerde beginsel opnieuw in het arrest Mostaza Claro, waarin het oordeelde dat richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis, verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding

62 — Ibidem (punt 26).

63 — Ibidem (punt 26). Het Hof heeft dit vervolgens bevestigd in de arresten Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 33) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 28).

64 — Artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt dat de lidstaten erop toezien „dat er […] doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers", en volgens artikel 7, lid 2, dienen deze middelen „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 […] oneerlijk zijn". Het doel van artikel 7 is dus, de bescherming van de consument mogelijk te maken, ook via personen die geen partij zijn bij de overeenkomst.

65 — Zie arrest Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 28). Het Hof heeft dit later bevestigd in de arresten Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 32) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 27).

66 — Zie arrest Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 1 van het dictum).

67 — Zie arrest Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 33).

68 — Zie arrest Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 38 en aangehaalde rechtspraak).

bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen. [69]

b) Rechtspraak inzake richtlijn 87/102

69. Zoals de Commissie betoogt, heeft het Hof de rechtspraak van de arresten Océano Grupo, Cofidis en Mostaza Claro reeds toegepast op een andere consumentenbeschermingsrichtlijn, richtlijn 87/102. In de zaak Rampion [70] verklaarde het Hof dat richtlijn 87/102 aldus moet worden uitgelegd dat *zij de nationale rechter in staat stelt om de bepalingen ter omzetting in nationaal recht van artikel 11, lid 2, daarvan ambtshalve toe te passen*. [71] Dit artikel van richtlijn 87/102 bepaalt dat de consument onder bepaalde voorwaarden [72] rechten kan doen gelden jegens de kredietgever en dat de lidstaten bepalen in welke mate en onder welke voorwaarden die rechten kunnen worden uitgeoefend.

70. In de overwegingen van het arrest Rampion bevestigde het Hof dat met richtlijn 87/102 een tweeledig doel wordt nagestreefd: in de eerste plaats beoogt de richtlijn de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt voor kredieten, en in de tweede plaats de bescherming van de consumenten die dergelijke kredieten afsluiten. [73] Artikel 11, lid 2, van de richtlijn beoogt de consument rechten tegenover de kredietgever toe te kennen die verder gaan dan zijn normale uit de overeenkomst voortvloeiende rechten jegens de kredietgever en de leverancier van de goederen of diensten. [74] Het Hof oordeelde dat dit doel niet op doeltreffende wijze kon worden bereikt, indien de consument verplicht zou zijn zelf zijn rechten in te roepen, onder meer wegens het risico dat de consument niet op de hoogte is van zijn rechten of op moeilijkheden stuit bij de uitoefening daarvan. [75]

5. Toepassing op de onderhavige zaak van de rechtspraak inzake richtlijnen 93/13 en 87/102

71. De aangehaalde rechtspraak kan volgens mij op de onderhavige zaak worden toegepast, maar het is belangrijk dat deze toepassing zinvol is en niet ingaat tegen de doelstellingen en specifieke bepalingen van richtlijn 85/577.

69 — Zie arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 39 en aangehaalde rechtspraak).

70 — Zie arrest Rampion (aangehaald in voetnoot 22).

71 — Ibidem (punt 69 en aangehaalde rechtspraak).

72 — De volgende voorwaarden worden in artikel 11, lid 2, van richtlijn 87/102 genoemd: „Indien: a) de consument met het oog op de aankoop van goederen of het verkrijgen van diensten een kredietovereenkomst sluit met een andere persoon dan de leverancier; en b) er tussen de kredietgever en de leverancier van de goederen of diensten een vooraf bestaand akkoord is op grond waarvan uitsluitend door die kredietgever aan klanten van die leverancier krediet beschikbaar wordt gesteld voor het verwerven van goederen of diensten bij die leverancier; en c) de onder a bedoelde consument zijn krediet verkrijgt krachtens dat vooraf bestaande akkoord; en d) de onder de kredietovereenkomst vallende goederen of diensten niet worden geleverd of slechts gedeeltelijk worden geleverd of niet aan de voorwaarden van de leveringsovereenkomst voldoen; en e) de consument de leverancier heeft aangesproken maar niet de genoegdoening heeft gekregen waarop hij recht heeft”.

73 — Zie arrest Rampion (aangehaald in voetnoot 22, punt 59).

74 — Ibidem (punt 64).

75 — Ibidem (punt 65).

72. Allereerst lijdt het geen twijfel dat de ratio van deze rechtspraak en de beslissingsgronden van het Hof in die zaken, kunnen worden toegepast op de onderhavige zaak. De rechtspraak in de zaken Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro en Rampion gaat ervan uit dat de consument ten opzichte van de verkoper in een zwakkere positie verkeert [76] en dat het risico bestaat dat de consument zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt bij de uitoefening ervan. [77] Ook het door richtlijn 85/577 gecreëerde stelsel berust erop dat de consument de zwakste partij bij de overeenkomst is en dat hem dus een bijzondere bescherming moet worden gegarandeerd, hetgeen ook bijzonder duidelijk blijkt uit het vereiste dat hij van zijn opzeggingsrecht schriftelijk in kennis moet worden gesteld — er wordt dus van uitgegaan dat de consument dit recht niet zal kennen wanneer hij daarvan niet op de hoogte wordt gesteld — en uit het vereiste dat de lidstaten passende maatregelen treffen voor het geval deze informatie niet wordt verstrekt. [78] Het doel, een hoog niveau van consumentenbescherming, is dus voor richtlijn 93/13 en richtlijn 87/102 hetzelfde als voor richtlijn 85/577. [79] Al deze richtlijnen gaan ervan uit dat het risico bestaat dat de consument zijn rechten niet kent. Dit ongelijkheid tussen de consument en de verkoper kan enkel worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de contractspartijen om. [80]

73. Daarnaast moet bij de toepassing van deze rechtspraak op het onderhavige geval duidelijk worden onderscheiden tussen hetgeen de nationale rechter ambtshalve *vaststelt* en de *consequenties* van deze vaststelling. De kern van de rechtspraak inzake richtlijn 93/13 is dat de nationale rechter ambtshalve het oneerlijk karakter van het beding vaststelt, en niet dat hij kan vaststellen dat een dergelijk beding de consument niet bindt; dit laatste is slechts de consequentie van de vaststelling dat er sprake is van een oneerlijk beding. [81] Ook in verband met richtlijn 87/102 past de nationale rechter ambtshalve de bepalingen toe waarmee artikel 11, lid 2, van de richtlijn in nationaal recht is omgezet; de consequenties zijn geregeld in nationale bepalingen en kunnen per lidstaat variëren. Naar analogie van het onderscheid

76 — Het feit dat de consument ten opzichte van de verkoper in een zwakkere positie verkeert, wordt bijvoorbeeld geïllustreerd in de arresten Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 25) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 26).

77 — Zie arresten Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 26), Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 33), Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 28) en Rampion (aangehaald in voetnoot 22, punt 65).

78 — Het Hof heeft benadrukt dat richtlijn 85/577 als belangrijkste doel heeft de bescherming van de consument tegen het risico dat voortvloeit uit de specifieke omstandigheid dat de overeenkomst buiten de verkoopruimten van een handelaar wordt gesloten, en dat deze bescherming wordt gerealiseerd door een recht van opzegging in te voeren; zie het in voetnoot 17 aangehaalde arrest Heininger (punt 38); zie ook arrest van 25 oktober 2005, Schulte (C-350/03, Jurispr. blz. I-9215, punt 66), en arrest Hamilton (aangehaald in voetnoot 23, punt 32).

79 — Ik voeg eraan toe dat het vereiste van een hoog niveau van consumentenbescherming eveneens is neergelegd in artikel 38 van het Handvest (aangehaald in voetnoot 5), dat bepaalt dat in het beleid van de Unie zorg wordt gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming.

80 — Zie mutatis mutandis arresten Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 27) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 26).

81 — Ik wijs erop dat de consequentie van de opneming van een oneerlijk beding in een overeenkomst krachtens richtlijn 93/13 verschilt van de consequentie van het niet-informeren van de consument over zijn opzeggingsrecht krachtens richtlijn 85/577. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 eist van de lidstaten uitdrukkelijk dat zij bepalen dat „oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument […] *de consument niet binden*" (mijn cursivering). Artikel 4, derde zin, van richtlijn 85/577 bepaalt slechts dat „de lidstaten […] erop toe[zien] dat in hun nationale wetgeving *passende bepalingen zijn opgenomen* ter bescherming van de consument" (mijn cursivering). Het verschil in consequenties is er tevens in gelegen dat in richtlijn 93/13 de consequentie van het oneerlijke beding in het gemeenschapsrecht is vastgelegd, terwijl bij het niet-informeren van de consument over zijn opzeggingsrecht de consequenties zijn neergelegd in het nationale recht.

tussen de ambtshalve vaststelling en de consequenties daarvan, kan men stellen dat het zinvol is dat de nationale rechter in het kader van richtlijn 85/577 ambtshalve vaststelt *of de consument van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld*.

74. Uiteraard rijst dan direct de vraag van de consequenties van deze vaststelling. De verwijzende rechter is van oordeel dat in dat geval de absolute nietigheid van de overeenkomst als strengere maatregel dan de in het Spaanse recht neergelegde relatieve nietigheid een passende maatregel van consumentenbescherming is. De vraag is echter of absolute nietigheid als consequentie van het niet-informeren van de consument, een maatregel is die voldoet aan de doelstelling van richtlijn 85/577; derhalve moet worden nagegaan — evenals dit geldt voor relatieve nietigheid — of de door de nationale rechter vastgestelde absolute nietigheid van de overeenkomst een passende maatregel is voor de bescherming van de consument in de zin van artikel 4, derde alinea, van de richtlijn.

75. Wat de passendheid van absolute nietigheid betreft, wil ik allereerst een parallel trekken tussen het recht van de consument op opzegging van de overeenkomst en zijn recht om over de geldigheid van de zonder deze informatie gesloten overeenkomst te beslissen. Bedacht moet worden dat de uitoefening van het recht op opzegging van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst afhangt van de wil van de consument. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 85/577 bepaalt: „De consument *heeft het recht*[82] om […] afstand te doen van de gevolgen van zijn verbintenis." De essentie van deze bepaling is dus dat de consument zelf beslist of hij de overeenkomst al dan niet opzegt. Blijkens artikel 5, lid 2, van richtlijn 85/577 echter is de consument alleen dan van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst ontslagen wanneer hij zijn wederpartij van de opzegging in kennis heeft gesteld. Voor het niet langer bindend zijn van de overeenkomst voor de consument, is dus zowel een beslissing als een handeling zijnerzijds noodzakelijk, namelijk dat hij zijn wederpartij van de opzegging in kennis stelt.

76. Zoals de consument het recht moet hebben, zijn opzeggingsrecht uit te oefenen, zo moet hij ook de mogelijkheid hebben, zelf te beslissen of hij een zonder deze informatie gesloten overeenkomst in stand wil laten: het is immers mogelijk dat hij de overeenkomst wil handhaven, ook al is hij niet van zijn recht tot opzegging op de hoogte gesteld. Wordt de nietigheid van de overeenkomst vastgesteld, dan zal de consument in beginsel op grond

82 — Mijn cursivering. Zie ook de andere taalversies van deze bepaling: Frans *(„le consommateur a le droit")*, Engels *(„the consumer shall have the right")*, Duits *(„der Verbraucher besitzt das Recht")*, Italiaans *(„il consumatore ha il diritto")*, Spaans *(„el consumidor tendrá el derecho")*.

van het Spaanse recht en vanwege het beginsel *quod nullum est, nullum producit effectum* [83], de ontvangen goederen moeten teruggeven maar ook de reeds betaalde koopprijs terugkrijgen. [84] Dit hoeft niet in het voordeel van de consument te zijn; de nietigheid van een dergelijke overeenkomst kan juist nadelig voor hem zijn. [85] Overeenkomstig het Latijnse adagium *summum ius summa iniuria* kan men de consument ook schaden door hem te veel te willen beschermen.

77. Voorts moet worden opgemerkt dat aanvaarding van de absolute nietigheid een stap te ver zou kunnen zijn ten opzichte van de rechtspraak inzake richtlijn 93/13. Volgens artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 is het immers mogelijk dat „de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan". De nationale rechter constateert volgens richtlijn 93/13 ambtshalve dus slechts of afzonderlijke bedingen oneerlijk zijn; de overeenkomst blijft van kracht indien deze kan voortbestaan zonder de oneerlijke bedingen. In de onderhavige zaak wil de verwijzende rechter echter de nietigheid van de gehele overeenkomst vaststellen, een handeling waarvan de consequenties verder gaan dan die op grond van richtlijn 93/13.

78. Ik ben dan ook van mening dat de absolute nietigheid van de overeenkomst, die de nationale rechter ambtshalve vaststelt indien de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld, geen passende maatregel van consumentenbescherming is in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577.

79. Derhalve moet bij de vaststelling welke de consequenties zijn van de constatering door de nationale rechter dat de consument niet is

83 — Dit beginsel betekent dat een nietige overeenkomst geen rechtsgevolg heeft; in het kader van het Spaanse recht wordt dit bijvoorbeeld genoemd door Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, *Vol. II*, 7e druk, Tecnos, Madrid 1995, blz. 109. Rechtsvergelijkend moet worden opgemerkt dat dit beginsel ook wordt erkend in andere rechtsorden van de lidstaten; zie voor het Franse recht bijvoorbeeld Flour, J. et al., op. cit. (voetnoot 30), blz. 297, punt 361; voor het Sloveense recht Polajnar Pavčnik, A., op. cit. (voetnoot 34), commentaar op artikel 86, blz. 507.

84 — Zie artikel 1.303 van het Spaans burgerlijk wetboek. In de Spaanse rechtsleer met betrekking tot de verplichting tot teruggave van de op basis van een nietige overeenkomst ontvangen artikelen, zie Díez-Picazo, L., Gullón, A., op. cit. (voetnoot 83), blz. 111. In andere rechtsorden van de lidstaten is de regelgeving vergelijkbaar; zie bijvoorbeeld voor het Duitse recht Larenz, K., Wolf, M., op. cit. (voetnoot 32), blz. 797, punt 8, die uiteenzet dat indien de overeenkomst nietig is, de toestand moet worden teruggebracht in die welke zou hebben bestaan wanneer de overeenkomst niet was nagekomen; zie voor het Franse recht Flour, J. et al., op. cit. (voetnoot 30), blz. 298, punt 362; voor het Sloveense recht zie Polajnar Pavčnik, A., op. cit. (voetnoot 34), commentaar op artikel 87, blz. 513 e.v.

85 — Als voorbeeld noem ik het geval dat de consument in het kader van huis-aan-huis verkoop in voorverkoop een encyclopedie koopt tegen een verlaagde prijs voor vroege inschrijvers. De consument betaalt de koopprijs maar de verkoper levert niet binnen de overeengekomen termijn; de consument stelt daarop tegen de verkoper een vordering in. De rechter constateert dat de consument niet op de hoogte is gebracht van zijn recht van opzegging en stelt de nietigheid van de overeenkomst vast. De verkoper restitueert de consument de aankoopprijs, maar daar de consument de encyclopedie toch wil kopen, bestelt hij deze opnieuw doch tegen een hogere prijs, daar deze niet meer verkrijgbaar is tegen de voorverkoopprijs.

geïnformeerd over zijn recht om de overeenkomst op te zeggen, bij wege van teleologische interpretatie een alternatief worden gezocht dat beter beantwoordt aan het doel van richtlijn 85/577.

80. Naar mijn mening wordt het doel van richtlijn 85/577 het best bereikt wanneer de nationale rechter, indien hij ambtshalve vaststelt dat de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld, *de consument over de rechten informeert die het nationale recht hem in dat geval verleent*. Dan wordt enerzijds de consument een passende bescherming geboden en anderzijds hem overeenkomstig het beginsel van de autonomie in het privaatrecht [86] de mogelijkheid gegeven, zelf te beslissen of hij de overeenkomst in stand laat wanneer hij niet van zijn recht tot opzegging op de hoogte is gesteld.

81. Bovendien wordt door een oplossing waarbij de nationale rechter de consument over zijn rechten uit hoofde van het nationale recht informeert, het recht van de lidstaten op grond van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577 gerespecteerd om zelf passende maatregelen te treffen wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gebracht. Zou de nationale rechter ambtshalve de nietigheid van een zonder deze informatie gesloten overeenkomst kunnen vaststellen, dan zou dit de lidstaten de discretionaire bevoegdheid ontnemen die de richtlijn hun ten aanzien van de consequenties van dergelijke overeenkomsten verleent. Uit een rechtsvergelijkende analyse blijkt immers dat de lidstaten in de praktijk bij de omzetting van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577 heel verschillende maatregelen hebben gekozen voor gevallen waarin de consument niet over zijn opzeggingsrecht is geïnformeerd. De lidstaten zijn grosso modo in twee groepen in te delen; ik zal hierna ter illustratie ingaan op de regeling van enkele lidstaten — zonder mij erover uit te laten of zij richtlijn 85/577 correct hebben omgezet in nationaal recht.

82. In de eerste groep vallen de lidstaten die in hun nationale recht als consequentie van het niet-informeren van de consument hebben bepaald hetzij dat een dergelijke

86 — Zie bijvoorbeeld Basedow, J., „Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit", in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Beck, München 2009, blz. 86, die benadrukt dat de contractsvrijheid de belangrijkste uiting is van de privaatrechtelijke autonomie. Wat de privaatrechtelijke autonomie betreft, zie ter vergelijking in de Duitse literatuur Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9e druk, Beck, München 2004, blz. 2, punt 2; in de Oostenrijkse literatuur Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11e druk, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wenen 2000, blz. 84; in de Spaanse literatuur Díez-Picazo, L. Gullón, A., *Sistema de derecho Civil, Vol I*, 10e druk, Technos, Madrid 2002, blz. 369 e.v., 375; in de Franse doctrine Aubert, J.L., Savaux, E., *Les obligations 1. Acte juridique*, 12e druk, Sirey, Parijs 2006, blz. 72 punten 99 e.v.

overeenkomst nietig is (bijvoorbeeld België [87], Luxemburg [88], Nederland [89] en Spanje [90]), hetzij dat de overeenkomst de consument niet bindt (bijvoorbeeld Finland [91]), hetzij dat geen nakoming kan worden gevorderd (bijvoorbeeld Ierland [92] en het Verenigd Koninkrijk [93]). In de tweede groep vallen de lidstaten waar het niet-informeren van de consument de termijn voor opzegging van de overeenkomst verlengt [94] (bijvoorbeeld Oostenrijk [95], Tsjechië [96], Italië [97], Duitsland [98] en Slovenië [99]). Ook moet worden vermeld dat enkele lidstaten naast de nietigheid ten gronde of de verlenging van de opzeggingstermijn nog voorzien in een financiële sanctie (bijvoorbeeld België [100] en Italië [101]). Ik merk voorts op dat deze kwestie *de lege ferenda* uiteindelijk zal worden geharmoniseerd door de thans in het stadium van een voorstel

87 — Zie artikel 88, derde alinea, van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, dat bepaalt dat de overeenkomst nietig is wanneer de consument niet is geïnformeerd. De wet zegt niet met zoveel woorden of het gaat om relatieve of om absolute nietigheid en de Belgische rechtspraak is niet eenduidig op dit punt; zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 31 oktober 2005 (Rechtskundig Weekblad 2007-08, nr. 22, 26 januari 2008), waarin dit college verklaart dat het absolute nietigheid betreft, en het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 21 februari 2007 (Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007, blz. 369), waarin deze rechter verklaart dat het om relatieve nietigheid gaat.

88 — Zie artikel 10, lid 4, van de Luxemburgse Loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, die bepaalt dat de overeenkomst nietig is en dat de consument zich op die nietigheid moet beroepen, wanneer hij niet van zijn recht tot opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gebracht.

89 — Zie artikel 24, lid 1, van de Nederlandse Colportagewet, dat bepaalt dat het niet-informeren van de consument leidt tot nietigheid van de overeenkomst. Gezien het algemene onderscheid tussen „nietigheid" en „vernietigbaarheid" in het Nederlandse recht, betreft het in dit geval een nietigheid die de rechter ambtshalve vaststelt; zie Hartkamp, A. S., op. cit. (voetnoot 33), punt 459.

90 — Zoals in punt 13 van deze conclusie is vermeld, volgt uit artikel 4 van de Spaanse wet *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* dat de consument, indien de overeenkomst is gesloten of een aanbieding is geformuleerd zonder dat hij op de hoogte is gesteld van zijn recht van opzegging, kan verzoeken om vaststelling van de nietigheid van de overeenkomst.

91 — Zie hoofdstuk 6, artikel 20, van de Finse Kuluttajansuojalaki 38/1978, volgens hetwelk de overeenkomst de consument niet bindt, maar de consument zich op de nietigheid moet beroepen.

92 — Zie artikel 4, lid 1, sub b, van de Ierse regeling European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, op grond waarvan de consument niet tot nakoming van de overeenkomst kan worden verplicht *(„the contract shall not be enforceable")*, indien hij niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld.

93 — Zie artikel 7, Section 6, van de regeling van het Verenigd Koninkrijk The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008, op grond waarvan de consument niet tot nakoming kan worden verplicht *(„the contract shall not be enforceable")*, indien hij niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld.

94 — Ik zal hier niet ingaan op de vraag of de regelingen van de lidstaten waarbij de aldus verlengde termijn toch wordt verkort, in overeenstemming zijn met het arrest Heininger (aangehaald in voetnoot 17).

95 — Zie § 3, lid 1, van het Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz, dat bepaalt dat de termijn voor opzegging van de overeenkomst ingaat op het tijdstip waarop de consument over zijn opzeggingsrecht is geïnformeerd.

96 — Zie artikel 57, lid 3 van de Tsjechische Občiansky zákonník — Zákon č. 40/1964, dat bepaalt dat de consument de overeenkomst binnen een jaar na sluiting kan opzeggen als hij niet over zijn opzeggingsrecht is geïnformeerd.

97 — Zie artikel 65, lid 3, van de Italiaanse Codice del consumo, op grond waarvan de termijn voor opzegging van de overeenkomst — wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld — wordt verlengd met 60 dagen, die voor verkoopcontracten beginnen te lopen op de dag dat de consument de goederen heeft ontvangen, en voor contracten voor de levering van diensten op de dag van sluiting van het contract.

98 — Zie artikel 355, lid 3, van het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), op grond waarvan het opzeggingsrecht van de consument niet vervalt wanneer hij niet naar behoren van dit recht in kennis is gesteld.

99 — Zie artikel 43č, lid 4, van de Sloveense Zakon o varstvu potrošnikov, dat bepaalt dat de termijn voor opzegging van de overeenkomst drie maanden bedraagt wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld. Artikel 43č regelt de opzegging van de overeenkomst voor postordercontracten, maar is ingevolge artikel 46c, lid 4, van deze wet van overeenkomstige toepassing op buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.

100 — De financiële sanctie op het ontbreken van deze informatie is geregeld in artikel 102, punt 7, van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

101 — De financiële sanctie staat in artikel 62 van de Italiaanse Codice del consumo.

verkerende richtlijn betreffende consumentenrechten [102], volgens welke — indien de consument niet van zijn recht tot herroeping van de overeenkomst op de hoogte wordt gesteld — drie maanden nadat de handelaar volledig aan zijn andere contractuele verplichtingen heeft voldaan, de termijn voor herroeping verstrijkt. [103]

83. Verder moet worden bezien of de bepalingen van richtlijn 85/577 van openbare orde zijn. In het arrest Mostaza Claro [104] definieerde het Hof de bepalingen van richtlijn 93/13 [105] reeds impliciet als van openbare orde, in het bijzonder op grond dat artikel 6, lid 1, van die richtlijn van dwingend recht is. Ook wat richtlijn 85/577 betreft, kan men stellen dat artikel 4, dat de verkoper verplicht de consument schriftelijk te informeren over zijn recht om de overeenkomst op te zeggen, een dwingendrechtelijke bepaling is, die vanwege de zwakkere positie van een van de contractspartijen beoogt, het formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractanten te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt. Evenzo als het Hof reeds in verband met richtlijn 93/13 benadrukte in het arrest Mostaza Claro, kan men ook met betrekking tot richtlijn 85/577 constateren dat deze richtlijn, die tot doel heeft de consumentenbescherming te bevorderen overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG, een maatregel is die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap. [106]

84. Zelfs indien het Hof zou besluiten, de argumentatie in het vorige punt inzake de openbare orde niet te volgen, wijs ik er niettemin op dat het Hof in de arresten Océano Grupo en Cofidis de openbare orde niet heeft genoemd ter rechtvaardiging van het ambtshalve optreden van de nationale rechter, maar *slechts van de effectieve bescherming van de consument*, welke, gezien het risico dat hij zijn rechten niet kent, alleen kan worden verwezenlijkt indien de nationale rechters ambtshalve optreden. [107] Het lijdt geen twijfel dat ook in de onderhavige zaak een effectieve bescherming van de consument moet worden gegarandeerd, zodat mijns

102 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def. De richtlijn betreffende consumentenrechten moet in de plaats komen van richtlijn 85/577, richtlijn 93/13, richtlijn 97/7/EG van 20 mei 1997 betreffende op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19), en richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PB L 171, blz. 12). Zie artikel 47 van het richtlijnvoorstel en de toelichting daarop, blz. 3.

103 — Zie artikel 13 van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def.

104 — Zie arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punten 35-38).

105 — Zie in deze zin ook Jordans, R., „Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL", in: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, nr. 1/2007, blz. 50; Courbe, P., Brière, C., Dionisi-Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., Legros, C., „Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 oktober 2006", in: *Petites affiches*, nr. 152/2007, blz. 14; Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., „La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation", in: *Petites affiches*, nr. 189/2007, blz. 15.

106 — Zie arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15, punt 37).

107 — Zie arresten Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13, punt 26) en Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punt 33). Op dit punt is ook gewezen door advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie van 29 maart 2007 in de zaak Rampion (aangehaald in voetnoot 22, punt 61).

inziens alleen al dit vereiste het ambtshalve optreden van de nationale rechter rechtvaardigt, ook wanneer de argumentatie betreffende de openbare orde niet wordt gevolgd.

85. De oplossing waarin de nationale rechter, indien hij ambtshalve constateert dat de consument niet over zijn opzeggingsrecht is ingelicht, de consument informeert over de rechten die het nationale recht hem in dat geval verleent, is naar mijn mening niet strijdig met het arrest van het Hof in de zaak Hamilton. [108] In die zaak, waarin het Hof had te beoordelen of een bepaling volgens welke het opzeggingsrecht van de consument komt te vervallen. een maand nadat partijen hun prestaties uit een langlopende leningovereenkomst volledig hebben verricht, een passende bepaling ter bescherming van de consument was, benadrukte het Hof dat de term „passend" in de zin van artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577 erop wijst dat de geciteerde bepalingen niet zijn bedoeld als absolute bescherming van de consument [109] en dat zowel uit de algemene opzet als uit de bewoordingen van verschillende bepalingen van deze richtlijn blijkt dat deze bescherming zekere beperkingen kent. [110] Wel moet worden bedacht dat deze beperkingen betrekking hebben op de specifieke feiten van de zaak, waarin de verplichtingen van beide contractspartijen volledig waren nagekomen. [111]

86. In casu blijkt echter uit de uiteenzetting van de feiten door de verwijzende rechter dat de verplichtingen uit de overeenkomst niet volledig zijn nagekomen. De gekochte artikelen zijn de consument geleverd en de totale aanschafprijs bedroeg 1 909 EUR, waarvan de consument slechts 47,48 EUR, dus een gering deel, heeft voldaan. De verkoper heeft juist een vordering tegen de consument ingediend op grond dat aan de verplichtingen uit de overeenkomst niet volledig was voldaan. De beperkingen van de consumentenbescherming die het Hof in het arrest Hamilton heeft geïntroduceerd, zijn hier dus niet relevant, daar in de onderhavige zaak de wederzijdse contractsverplichtingen nog niet volledig waren nagekomen.

108 — Arrest Hamilton (aangehaald in voetnoot 23).

109 — Ibidem (punt 39). Dit punt wordt ook besproken in de literatuur; zie bijvoorbeeld Mankowski, P., „Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte", in: *Juristenzeitung*, nr. 23/2008, blz. 1143.

110 — Ibidem (punt 40).

111 — Dit punt wordt in de literatuur onder meer benadrukt door Kroll, K., „Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts", in: *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 28/2008, blz. 2000. Zie in die zin ook Edelmann, H., EuGH: „Kein grenzenloser Verbraucherschutz", in: *Betriebs-Berater,* nr. 19/2008, blz. 970; Raynouard, A., „CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG", in: *Revue de jurisprudence commerciale*, nr. 4/2008, blz. 305. Bovendien heeft het Hof in de zaak Hamilton benadrukt dat de verwijzing naar het begrip „verplichtingen die […] uit de overeenkomst voortvloeien" in punt 5 van de considerans van richtlijn 85/577 erop wijst dat de consument een dergelijke overeenkomst *tijdens de looptijd ervan* kan opzeggen (arrest Hamilton, aangehaald in voetnoot 23, punt 41, mijn cursivering) — uiteraard alleen wanneer hij van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld. Dit wijst zeker niet op een beperking van de consumentenbescherming zolang de verplichtingen uit de overeenkomst nog niet zijn nagekomen.

6. Recht of plicht van de nationale rechter om ex officio op te treden?

87. Hoewel de nationale rechter niet vraagt of hij op grond van artikel 4 van richtlijn 85/577 *verplicht* is om ambtshalve op te treden wanneer de consument niet van zijn opzeggingsrecht op de hoogte is gesteld, maar of hij krachtens artikel 4 van de richtlijn dit *recht* heeft, moet worden vastgesteld of er in de onderhavige zaak een recht dan wel een plicht tot ambtshalve optreden bestaat. Dit punt is in het bijzonder belangrijk, daar de Commissie in deze zaak de opvatting verdedigt dat nationale rechters in een dergelijk geval verplicht zijn, ambtshalve op te treden [112], terwijl de Oostenrijkse regering van mening is dat de nationale rechters die verplichting niet hebben. [113]

88. Ik wijs er allereerst op dat de vraag van de verwijzende rechter moet worden begrepen in de context van het Spaanse recht. Dit staat in het onderhavige geval de verwijzende rechter immers niet toe, ambtshalve op te treden, en hij vraagt daarom of het gemeenschapsrecht hem dit wel toestaat. [114] Uit de aldus geformuleerde vraag blijkt dus dat de verwijzende rechter in het gemeenschapsrecht een rechtsgrondslag zoekt om ambtshalve te kunnen optreden.

89. Daarnaast moet ter vergelijking worden benadrukt dat het Hof in het arrest Océano Grupo [115] in verband met richtlijn 93/13 heeft verklaard dat de nationale rechter de oneerlijkheid van een clausule ambtshalve *kan* toetsen. Ook in het arrest Cofidis sprak het Hof van de *bevoegdheid* [116] van de nationale rechter tot een dergelijke toetsing. In het

112 — Zie punt 31 van deze conclusie.

113 — De Oostenrijkse regering betoogt, preciezer gezegd, dat artikel 4 van richtlijn 85/577 niet van de lidstaten eist dat zij ambtshalve optreden. Zie punt 27 van deze conclusie.

114 — Men kan vanuit deze gezichtshoek ook de vraag van de verwijzende rechter en het antwoord van het Hof begrijpen in de zaak Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13). Zie in die zin Van Huffel, M., La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice, in: *Revue européenne de droit de la consommation*, nr. 2/2003, blz. 94.

115 — Dit blijkt ook uit de meeste taalversies van punt 1 van het dictum van het arrest Océano Grupo (aangehaald in voetnoot 13). Zie bijvoorbeeld de Franse („le juge national *puisse* apprécier d'office"), de Engelse („the national court *being able* to determine of its own motion"), de Duitse („das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann*"), de Italiaanse („il giudice nazionale […] *possa* valutare d'ufficio"), de Spaanse („el Juez nacional *pueda* apreciar de oficio"), de Portugese („o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente") en de Nederlandse versie („dat de nationale rechter […] ambtshalve *kan* toetsen").

116 — Zie arrest Cofidis (aangehaald in voetnoot 14, punten 32, 33 en 35). Enkele taalversies gebruiken in deze punten twee verschillende termen, bijvoorbeeld de Franse („faculté" en „pouvoir"), de Italiaanse („facoltà" en „potere") en de Portugese versie („faculdade" en „poder"). Andere gebruiken één term, bijvoorbeeld de Engelse („power"), de Duitse („Befugnis"), de Spaanse („facultad"), en de Nederlandse („bevoegdheid").

arrest Mostaza Claro ging het Hof nog een stap verder en verklaarde het dat de nationale rechter de oneerlijkheid van een contractsbepaling ambtshalve *dient* te beoordelen. [117]

90. Ook in de onderhavige zaak bestaat naar mijn mening een verplichting van de nationale rechter om ambtshalve op te treden, aangezien dit de enige manier is om de met richtlijn 85/577 nagestreefde effectieve bescherming van de consument te garanderen. [118] Zou deze beoordeling zijn overgelaten aan de discretie van de nationale gerechten, dan zou niet duidelijk zijn op basis van welke criteria een rechter in sommige gevallen wel en in andere niet ambtshalve zou optreden. De verplichting van de nationale rechter om ambtshalve op te treden is voorts belangrijk omdat een systematische ambtshalve toetsing een afschrikkende werking heeft; de handelaar zal ervan worden weerhouden, de consument de informatie over zijn opzeggingsrecht te onthouden. [119]

117 — Ik merk in dit verband op dat in het dictum van het arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 15) in slechts enkele taalversies de gebiedende wijs wordt gebruikt — zo bijvoorbeeld de Engelse versie („*must* determine whether the arbitration agreement is void") of de Sloveense („*mora* […] presojati ničnost arbitražnega dogovora") — terwijl andere de stellende wijs gebruiken, bijvoorbeeld de Franse („apprécie la nullité de la convention d'arbitrage") of de Duitse versie („die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft"). De verplichting tot ambtshalve toetsing blijkt evenwel duidelijk uit punt 38 van het arrest; zie enkele taalversies van dit arrest, bijvoorbeeld de Franse („*soit tenu* d'apprécier d'office"), de Engelse („*being required* to assess of its own motion"), de Duitse („von Amts wegen […] prüfen *muss*"), de Italiaanse („*sia tenuto* a valutare d'ufficio"), de Spaanse („*deba* apreciar de oficio"), de Portugese („*deva apreciar oficiosamente*"), de Sloveense („*dolžnost* […], da po uradni dolžnosti presoja") en de Nederlandse versie („ambtshalve *dient* te beoordelen").

118 — Dit punt wordt ter vergelijking met richtlijn 93/13 genoemd door Van Huffel, op. cit. (voetnoot 114), blz. 97.

119 — Ibidem (punt 77).

91. De nationale rechters hebben dus naar mijn mening de verplichting, en niet slechts het recht, om ambtshalve vast te stellen of de consument van zijn recht op opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld, en indien dit niet het geval is geweest, hem te informeren over de rechten die het nationale recht hem in dat geval verleent.

C — *Conclusie*

92. Op grond van de voorgaande overwegingen ben ik van mening dat op de prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat artikel 153 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 3, lid 1, sub t, EG en artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577, in die zin moet worden uitgelegd dat het een nationale rechter in omstandigheden als die van het onderhavige geval niet toestaat, ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst vast te stellen, wanneer de consument zich in de bij deze rechter aanhangige procedure niet op de nietigheid heeft beroepen; de nationale rechter dient echter ambtshalve vast te stellen of de consument van zijn recht om de overeenkomst op te zeggen op de hoogte is gesteld, en indien dit niet het geval is geweest, hem te informeren over de rechten die het nationale recht hem in dat geval verleent.

VII — Conclusie

93. Ik geef het Hof dan ook in overweging, de prejudiciële vraag van de Audiencia Provincial de Salamanca te beantwoorden als volgt:

„Artikel 153 EG, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, sub t, en met artikel 4, derde alinea, van richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten moet in die zin worden uitgelegd dat het een nationale rechter in omstandigheden als die van het onderhavige geval niet toestaat, ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst vast te stellen, wanneer de consument zich voor deze rechter niet op de nietigheid heeft beroepen; de nationale rechter dient echter ambtshalve vast te stellen of de consument van zijn recht tot opzegging van de overeenkomst op de hoogte is gesteld en indien dit niet het geval is geweest, hem te informeren over de rechten die het nationale recht hem in dat geval verleent."