Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 13 september 2012[1]

Zaak C-92/11

RWE Vertrieb AG
tegen
Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV

[verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prijsverhogingsbedingen in gasleveringsovereenkomsten — Begrip dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG — Bedingen in algemene voorwaarden die verwijzen naar dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen — Transparantieplicht overeenkomstig artikel 5 van richtlijn 93/13 en artikel 3, lid 3, juncto bijlage A, sub b en c, van richtlijn 2003/55/EG — Oneerlijk karakter van een contractwijzigingsbeding overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 93/13 met inachtneming van de bijlage bij artikel 3, punt 1, sub j, en punt 2, sub b”

Inhoud

I – Inleiding 3

II – Rechtskader 4

A – Unierecht 4

1. Richtlijn 93/13 4

2. Richtlijn 2003/55 5

B – Nationaal recht 6

1. AVBGasV van 21 juni 1979 6

2. Duits burgerlijk wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch; hierna: „BGB”) 7

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen 7

IV – Procesverloop bij het Hof 9

1 — Oorspronkelijke taal: Duits

V – Voornaamste argumenten van partijen . . . 9

A – Eerste prejudiciële vraag . . . 9

B – Tweede prejudiciële vraag . . . 10

VI – Juridische beoordeling . . . 11

A – Eerste prejudiciële vraag . . . 11

1. Ontbreken van een wettelijke definitie van het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling” en afwijkingen tussen de verschillende taalversies . . . 11

2. Ontstaansgeschiedenis alsmede doel en strekking van de bepaling . . . 12

a) Ontstaansgeschiedenis . . . 13

b) Teleologische overwegingen . . . 14

i) Algemene overwegingen met betrekking tot richtlijn 93/13 . . . 14

ii) Concrete overwegingen bij artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 . . . 14

B – Tweede prejudiciële vraag . . . 17

1. Verhouding tussen de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13 en de bepaling inzake het oneerlijke karakter van bedingen in artikel 3 van richtlijn 93/13 . . . 18

2. Verhouding tussen de transparantieplicht van de artikelen 5 en 3 van richtlijn 93/13 en de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 . . . 18

3. Omvang van toetsing door het Hof en de nationale rechterlijke instanties . . . 20

4. Beoordeling van het litigieuze prijswijzigingsbeding met inachtneming van de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13, in het bijzonder gelet op de bijlage bij artikel 3, punten 1, sub j, en 2, sub b, van richtlijn 93/13 . . . 21

a) Voornaamste vereisten voor de geldigheid van een effectief prijswijzigingsbeding . . . 22

b) Beperkingen van de transparantieplicht door beschermingsmechanismen ten gunste van de consument . . . 22

i) Opzeggingsmogelijkheid . . . 22

ii) Mogelijkheid van rechterlijke toetsing . . . 24

iii) Slotbeschouwing . . . 24

5. Toetsing van het litigieuze prijswijzigingsbeding met inachtneming van de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55, in het bijzonder gelet op bijlage A . . . 25

6. Samenvatting . . . 26

C – Mogelijke beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest . . . 26

VII – Conclusie . . . 27

I – Inleiding

1. Het onderhavige prejudiciële verzoek van het Duitse Bundesgerichtshof betreft de consumentenbescherming op het gebied van gasleveringsovereenkomsten. Verzoekster in het hoofdgeding is een vereniging voor consumentenbescherming (hierna: „verzoekster") die op grond van een overdracht van de schuldvorderingen van 25 afnemers van een energieleverancier opkomt tegen prijsverhogingen die in de jaren 2003 tot en met 2005 door deze energieleverancier zijn doorgevoerd. In die periode ontvingen huishoudelijke en niet-huishoudelijke afnemers de gasleveringen als zogenoemde klanten met een vast tarief ofwel als individuele klanten. Uitsluitend voor klanten met een vast tarief gold op dat moment een nationale regeling, de Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (besluit inzake de algemene voorwaarden voor de gaslevering aan klanten met een vast tarief); (hierna: „AVBGasV").[2] Klanten met een vast tarief in de zin van deze regeling waren diegenen die voor de basislevering in aanmerking kwamen en aan wie op basis van algemeen geldende prijzen gas werd geleverd. Voor afnemers van gas bestond echter de mogelijkheid om af te wijken van de bepalingen van deze nationale regeling. Van deze mogelijkheid werd veelvuldig gebruikgemaakt, onder meer omdat klanten buiten de wettelijke bepalingen om gunstigere prijzen betaalden. Met deze klanten sloten de energieleveranciers zogenoemde individuele leveringsovereenkomsten die niet onder de AVBGasV vielen; in deze overeenkomsten werden bijzondere voorwaarden en prijzen vastgelegd. Inhoudelijk werd in de algemene voorwaarden van deze overeenkomsten verwezen naar de AVBGasV of werden de bepalingen daarvan letterlijk overgenomen. Bij een deel van de cedenten van verzoekster ging het om dergelijke individuele afnemers. Een wezenlijk punt van geschil tussen partijen in het hoofdgeding is de vraag of de energieleverancier – verweerster in het hoofdgeding (hierna: „verweerster") – zich kan beroepen op een bepaling uit de AVBGasV die een prijsverhogingsrecht voor de energieleverancier in het leven roept.

2. Tegen deze achtergrond wenst de verwijzende rechter enerzijds te vernemen of richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten[3], gelet op artikel 1, lid 2, ervan, ook dan van toepassing is wanneer in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument op grond van een beding waarover tussen partijen niet afzonderlijk is onderhandeld, de toepasselijkheid van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is overeengekomen die weliswaar niet van toepassing is op partijen en de tussen hen gesloten overeenkomst, maar door de partij die het beding gebruikt, ongewijzigd is overgenomen. Anderzijds vraagt de verwijzende rechter of een ondoorzichtig beding in het licht van de artikelen 3 en 5, gelezen in samenhang met de bijlage bij artikel 3, punt 1, sub j, en punt 2, sub b, van richtlijn 93/13 alsmede in het licht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG[4], gelezen in samenhang met bijlage A, sub b en/of c, niettemin kan worden aangemerkt als voldoende duidelijk en begrijpelijk indien is gewaarborgd dat de aanbieder zijn afnemers vooraf voldoende tijdig in kennis stelt van iedere prijswijziging en de afnemers het recht hebben om deze prijsverhoging door een rechter te laten toetsen en de overeenkomst op te zeggen.

2 — BGBl. I 1979, blz. 676. De AVBGasV gold tot en met 7 november 2006 en werd vervangen door de Verordnung vom 26. Oktober 2006 über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (besluit van 26 oktober 2006 inzake de algemene voorwaarden voor de basislevering van gas aan huishoudens en de vervangende levering van gas van het lagedruknet) (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV, BGBl. I blz. 2391, 2396).

3 — PB L 95, blz. 29.

4 — PB L 176, blz. 57.

II – Rechtskader

A – *Unierecht*

1. Richtlijn 93/13

3. De dertiende, veertiende en twintigste alinea van de considerans van richtlijn 93/13 luiden:

„Overwegende dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten waarin bedingen van overeenkomsten met consumenten, direct of indirect, worden vastgesteld, worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten; dat het bijgevolg niet nodig blijkt bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen dan wel beginselen of bepalingen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, aan de bepalingen van deze richtlijn te onderwerpen; dat in dat verband onder de term ‚dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen' tevens de regels vallen die volgens de wet van toepassing zijn tussen de overeenkomstsluitende partijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen;

Overwegende evenwel dat de lidstaten erop moeten toezien dat zulke oneerlijke bedingen er niet in voorkomen [...];

[...]

Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert".

4. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 bepaalt:

„Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen."

5. Artikel 3, leden 1 en 3, van richtlijn 93/13 luidt:

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

[...]

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

6. Artikel 4 van richtlijn 93/13 luidt:

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

(2) De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd."

7. Artikel 5 van richtlijn 93/13 bepaalt:

„In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. [...]"

8. Punt 1, sub j, van de bijlage bij richtlijn 93/13 („In artikel 3, lid 3, bedoelde bedingen") betreft „bedingen die tot doel of tot gevolg hebben: de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen".

9. In punt 2, sub b, tweede alinea, van de bijlage bij richtlijn 93/13 wordt de draagwijdte van het bepaalde sub j als volgt omschreven:

„Punt j) staat evenmin in de weg aan bedingen waarbij de verkoper zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van een overeenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig te wijzigen, mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst te ontbinden."

2. Richtlijn 2003/55 [5]

10. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 luidt:

„De lidstaten nemen passende maatregelen om eindafnemers te beschermen en om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen en waarborgen in het bijzonder een passende bescherming van kwetsbare afnemers, met inbegrip van passende maatregelen om hen te helpen voorkomen dat zij worden afgesloten. In dit verband kunnen zij passende maatregelen nemen ter bescherming van op het gassysteem aangesloten afnemers in afgelegen gebieden. De lidstaten kunnen een noodleverancier aanwijzen voor op het gasnet aangesloten afnemers. Zij zorgen voor een hoog niveau van consumentenbescherming, met name met betrekking tot de transparantie van algemene contractvoorwaarden, algemene informatie en mechanismen ter beslechting van geschillen. De lidstaten zorgen ervoor dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft op een nieuwe leverancier over te stappen. Wat ten minste de huishoudelijke afnemers betreft, omvatten deze maatregelen de in bijlage A beschreven maatregelen."

11. Bijlage A bij richtlijn 2003/55 („Voorschriften inzake consumentenbescherming") bepaalt:

„Onverminderd de communautaire voorschriften inzake consumentenbescherming, met name richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad en richtlijn 93/13/EG van de Raad, houden de in artikel 3 bedoelde maatregelen in dat ervoor wordt gezorgd dat de afnemers:

a) [...]

5 — De ten tijde van de litigieuze prijsverhogingen van 1 juli 2004 tot en met 1 oktober 2005 geldende richtlijn 2003/55 werd per 3 maart 2011 ingetrokken door richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG (PB L 211, blz. 94), welke richtlijn bepalingen bevat die overeenstemmen met de artikelen 2 en 3, lid 3, en met bijlage A van richtlijn 2003/55. Daarentegen bevat de ten tijde van de litigieuze prijsverhogingen van 1 januari 2003 tot en met 30 juni 2003 nog geldende richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PB L 204, blz. 1) nog geen vergelijkbare regelingen.

De contractuele voorwaarden zijn eerlijk en vooraf bekend. In ieder geval wordt deze informatie voorafgaand aan de ondertekening of bevestiging van het contract verstrekt. Indien contracten door middel van tussenpersonen worden gesloten, wordt bovengenoemde informatie eveneens voorafgaand aan de ondertekening van het contract verstrekt;

b) op toereikende wijze in kennis worden gesteld van ieder voornemen de contractvoorwaarden te wijzigen en op de hoogte worden gesteld van hun recht op opzegging wanneer zij van een dergelijk voornemen in kennis worden gesteld. Dienstverleners stellen hun abonnees rechtstreeks in kennis van tariefstijgingen en doen dit binnen een redelijke termijn die een normale factureringsperiode na het invoeren van de stijging niet overschrijdt. De lidstaten zorgen ervoor dat afnemers de mogelijkheid krijgen contracten op te zeggen indien zij de hun door de gasleverancier aangemelde nieuwe voorwaarden niet aanvaarden;

c) transparante informatie ontvangen over geldende prijzen en tarieven en over standaardvoorwaarden met betrekking tot de toegang tot en het gebruik van gasdiensten;

d) [...] De algemene voorwaarden van de contracten dienen eerlijk en transparant te zijn. Zij zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal. Afnemers worden beschermd tegen oneerlijke of misleidende verkoopmethoden."

12. Overeenkomstig artikel 33, lid 1, van richtlijn 2003/55 waren de lidstaten verplicht om uiterlijk op 1 juli 2004 aan deze te voldoen.

B – *Nationaal recht*

1. AVBGasV van 21 juni 1979[6]

13. § 1, lid 2, van dit besluit geeft de volgende definitie:

„Klanten in de zin van dit besluit zijn klanten die tegen een vast tarief worden beleverd."

14. § 4, leden 1 en 2, van AVBGasV verleent volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof de gasleverancier het recht om de algemene tarieven naar eigen inzicht (§ 315 BGB) te wijzigen.[7] De bepaling luidt:

„§ 4

Soort levering

(1) De gasleverancier stelt tegen de toepasselijke algemene tarieven en voorwaarden gas ter beschikking. De verbrandingswaarde met de uit de productie- en gebruiksverhoudingen van de onderneming voortvloeiende fluctuaties en de voor de voorziening van de klant bepalende rustdruk van het gas worden volgens algemene tarieven bepaald.

(2) Wijzigingen van de algemene tarieven en voorwaarden treden pas in werking nadat zij algemeen zijn bekendgemaakt."

6 — Zie voetnoot 2.

7 — Zie punt 14 van de verwijzingsbeschikking.

2. Duits burgerlijk wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch; hierna: „BGB”)

15. § 307 BGB luidt als volgt:

„(1) Bepalingen in algemene verkoopvoorwaarden zijn ongeldig wanneer zij de medecontractant in strijd met de eisen van de goede trouw onredelijk benadelen. Van een onredelijke benadeling kan ook sprake zijn doordat een bepaling niet duidelijk en begrijpelijk is.

(2) In geval van twijfel moet een onredelijke benadeling worden aangenomen wanneer een bepaling:

1. niet verenigbaar is met de beginselen die ten grondslag liggen aan de wettelijke regeling waarvan wordt afgeweken, dan wel

2. wezenlijke, uit de aard van de overeenkomst voortvloeiende rechten of plichten zodanig beperkt dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.

(3) De leden 1 en 2 alsmede de §§ 308 en 309 gelden uitsluitend voor bepalingen in algemene voorwaarden waarbij regelingen worden overeengekomen die afwijken van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of deze aanvullen. Andere bepalingen kunnen uit hoofde van lid 1, tweede zin, juncto lid 1, eerste zin, ongeldig zijn.”

16. In de §§ 308 en 309 BGB worden specifieke bedingen als bedoeld in § 307, lid 2, BGB verboden.

17. § 310, lid 2, BGB bepaalt:

„De §§ 308 en 309 zijn niet van toepassing op overeenkomsten van leveranciers van elektriciteit, gas, afstandswarmte en water betreffende de voorziening van individuele afnemers met elektriciteit, gas, afstandswarmte en water via het distributienet, voor zover de leveringsvoorwaarden niet in het nadeel van de afnemer afwijken van besluiten betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van elektriciteit, gas, afstandswarmte en water aan klanten die een vast tarief genieten. Het bepaalde in de eerste zin is van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten betreffende de behandeling van afvalwater.”

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

18. Verzoekster is een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging voor consumentenbescherming, die op grond van schuldvorderingen die in totaal 25 consumenten aan haar hebben gecedeerd, terugbetaling vordert van verweerster in het hoofdgeding (hierna: „verweerster”), een energieleverancier, ter zake van in de jaren 2003 tot en met 2005 doorgevoerde prijsverhogingen. Verweerster heeft deze prijsverhogingen gebaseerd op contractuele bedingen die verwijzen naar de wettelijke regeling van de AVBGasV danwel gelijkluidende regelingen bevatten. De AVBGasV gold evenwel volgens de uitdrukkelijke wettelijke regeling in § 1 alleen voor klanten met een vast tarief. Klanten met een vast tarief zijn volgens § 36, lid 1, van het Energiewirtschaftsgesetz 2005 (wet inzake de energiehuishouding; EnWG) (voorheen § 10, lid 1, eerste zin, EnWG 1998) die klanten die voor de basislevering in aanmerking kwamen en aan wie op basis van algemeen geldende prijzen gas werd geleverd. Over het algemeen ging het daarbij om afnemers met een relatief lage energiebehoefte. [8] Op dat moment bestond er echter voor klanten de mogelijkheid om van de voorschriften van de AVBGasV af te wijken. Van deze mogelijkheid werd veelvuldig gebruikgemaakt, onder meer omdat klanten buiten de wettelijke voorschriften om gunstigere prijzen betaalden. Met deze klanten sloten de energieleveranciers zogenoemde individuele leveringsovereenkomsten die niet onder de AVBGasV

8 — Aldus het niet bestreden betoog van de betrokken partij, zie onder meer het verzoekschrift van 7 september 2006, blz. 61.

vielen; in deze overeenkomsten werden bijzondere voorwaarden en prijzen vastgelegd. Inhoudelijk werd in de algemene voorwaarden van deze overeenkomsten verwezen naar de AVBGasV of werden de bepalingen daarvan letterlijk overgenomen. In ieder geval een deel van de cedenten van verzoekster bestond uit dergelijke individuele afnemers.

19. Tussen 1 januari 2003 en 1 oktober 2005 heeft verweerster de gasprijs tot vier maal toe verhoogd. In deze periode bestond voor de 25 klanten feitelijk niet de mogelijkheid om van gasleverancier te veranderen, omdat de liberalisering van de energiemarkt nog niet ver genoeg gevorderd was en om die reden geen alternatieve leverancier gevonden kon worden die eveneens gas aan de cedenten had kunnen leveren.[9] De klanten hebben daarom de prijsverhogingen die verweerster van 2003 tot 2005 voor de levering van gas heeft gefactureerd, ten dele onder voorbehoud van terugvordering betaald.

20. Verzoekster acht de gasprijsverhogingen ongeldig en vordert dientengevolge terugbetaling van de op grond van de prijsverhogingen betaalde bedragen. Het Landgericht heeft de eis toegewezen; het door verweerster hiertegen aangetekende hoger beroep slaagde niet. De appelrechter heeft in dit verband overwogen dat § 4 AVBGasV verweerster niet het recht verleent de tarieven te verhogen, aangezien deze bepaling volgens § 1, lid 2, AVBGasV enkel van toepassing is op klanten met een vast tarief. De prijswijzigingsbedingen zijn volgens de appelrechter in strijd met § 307 BGB, aangezien deze niet voldoende duidelijk en begrijpelijk zijn en de klanten onredelijk benadelen, omdat deze niet de mogelijkheid hebben om te controleren of een prijswijziging terecht is. Het wegens de lange looptijd van contracten in aanmerking te nemen belang van verweerster doet hieraan niet af, net zo min als het feit dat het prijswijzigingsbeding overeenstemt met het wettelijke voorbeeld van § 4 AVBGasV. In „Revision", die de appelrechter heeft toegestaan, concludeert verweerster nog steeds tot afwijzing van de vordering.

21. Het Bundesgerichtshof vraagt enerzijds naar de toepasselijkheid van richtlijn 93/13, gelet op artikel 1, lid 2, ervan, en wenst te vernemen of een beding ook dan niet volgens richtlijn 93/13 kan worden getoetst wanneer in een overeenkomst tussen een gasleverancier en een consument op grond van een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, is overeengekomen dat een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling onbeperkt toepasselijk is, ook indien deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling van rechtswege niet van toepassing is op de partijen en de door hen gesloten overeenkomst. In dit verband geeft de verwijzende rechter in overweging dat er geen reden bestaat om de zogenoemde individuele afnemers een voorkeurspositie te geven ten opzichte van klanten met een vast tarief. Dit strookt ook met de Duitse regeling in § 310, lid 2, BGB.

22. Anderzijds wenst de verwijzende rechter te vernemen of contractuele bedingen inzake het prijswijzigingsrecht van een aanbieder van gasleveringsovereenkomsten waarin de reden, de voorwaarden en de omvang van een prijswijziging niet worden vermeld, in het licht van de artikelen 3 en 5, gelezen in samenhang met punt 1, sub j, en punt 2, sub b, van de bijlage bij richtlijn 93/13 alsmede in het licht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 gelezen in samenhang met bijlage A, sub b en/of c, voldoen aan het vereiste van duidelijke en begrijpelijke formulering, wanneer is gewaarborgd dat de leverancier zijn afnemers redelijke tijd vooraf van elke prijsverhoging op de hoogte brengt en de afnemers het recht hebben om deze prijsverhoging door een rechter te laten toetsen en de overeenkomst op te zeggen. In deze context twijfelt de verwijzende rechter of bijlage A, sub c, van richtlijn 2003/55 op de onderhavige zaak van toepassing is, aangezien deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op „geldende prijzen en tarieven" en niet op prijsverhogingen.

9 — Aldus verweerster zelf in haar conclusie van antwoord van 22 december 2006.

23. Tegen deze achtergrond heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus worden uitgelegd dat prijswijzigingsbedingen in gasleveringsovereenkomsten met consumenten aan wie niet op grond van de algemene leveringsplicht doch in het kader van de algemene contractvrijheid gas wordt geleverd (individuele afnemers), niet onder de bepalingen van de richtlijn vallen wanneer in deze contractuele bedingen in overeenkomsten met individuele afnemers de voor afnemers met een vast tarief in het kader van de algemene aansluitings- en leveringsplicht geldende wettelijke regelingen ongewijzigd zijn overgenomen?

2) Moeten – voor zover van toepassing – de artikelen 3 en 5 van richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met het bepaalde in punt 1, sub j, en punt 2, sub b, tweede volzin, van de bijlage bij artikel 3, lid 3, van deze richtlijn, alsmede artikel 3, lid 3, gelezen in samenhang met bijlage A, sub b en/of sub c, bij richtlijn 2003/55 aldus worden uitgelegd dat prijswijzigingsbedingen in gasleveringsovereenkomsten met individuele afnemers voldoen aan het vereiste van een duidelijke en begrijpelijke formulering en/of aan het vereiste niveau van transparantie wanneer daarin de reden, de voorwaarden en de omvang van een prijswijziging weliswaar niet worden vermeld, doch wordt gewaarborgd dat de leverancier zijn afnemers redelijke tijd vooraf van elke prijsverhoging op de hoogte brengt en de afnemers het recht hebben de overeenkomst op te zeggen indien zij de hun meegedeelde gewijzigde voorwaarden niet wensen te aanvaarden?”

IV – Procesverloop bij het Hof

24. De verwijzingsbeschikking van 9 februari 2011 is ingekomen ter griffie van het Hof op 28 februari 2011.

25. Partijen in het hoofdgeding, de regeringen van het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof genoemde termijn.

26. Ter terechtzitting van 28 juni 2012 hebben de vertegenwoordigers van partijen in het hoofdgeding, van de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en van de Commissie het woord gevoerd.

V – Voornaamste argumenten van partijen

A – *Eerste prejudiciële vraag*

27. Met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag zijn *verzoekster* en de *Commissie* van mening dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus dient te worden uitgelegd dat prijswijzigingsbedingen in gasleveringsovereenkomsten met consumenten aan wie niet op grond van de algemene leveringsplicht doch in het kader van de algemene contractvrijheid aardgas wordt geleverd, ook onder de bepalingen van richtlijn 93/13 vallen, wanneer daarin wettelijke bepalingen zijn overgenomen die niet voor deze consumenten gelden, maar uitsluitend voor andere afnemers. Ter motivering verwijzen zij naar de dertiende alinea van de considerans van richtlijn 93/13. Indien een contractueel beding van toepassing wordt verklaard op een ander type overeenkomst dan wettelijk vastgelegd, is er volgens verzoekster en de Commissie geen sprake van regelingsidentiteit en kan niet worden aangenomen dat de wetgever het beding in een niet binnen de werkingssfeer van de bepaling vallende context automatisch als redelijk heeft willen beschouwen. De verwijzing berust op een autonome beslissing van de overeenkomstsluitende partijen en niet op een dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling.

Anders kan een gebruiker van een beding zich door een globale verwijzing naar bepaalde regelingen onttrekken aan een inhoudstoetsing en zodoende de voorschriften van richtlijn 93/13 omzeilen, aldus verzoekster en de Commissie. Aangezien het om een uitzonderingsregeling gaat, mag bij de uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 niet worden afgeweken van de letter van deze bepaling.

28. De *Belgische regering* deelt in beginsel deze opvatting, maar is van mening dat alleen die dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen de toepasselijkheid van richtlijn 93/13 overeenkomstig artikel 1, lid 2, kunnen uitsluiten die verband houden met dwingende vereisten van algemeen belang. Hiervoor pleit dat artikel 1, lid 2, van de genoemde richtlijn in de context van de interne markt dient te worden beschouwd, wat meebrengt dat slechts bij bepaalde dwingende vereisten van algemeen belang regelgevend optreden is toegestaan.

29. *Verweerster* en de *Duitse regering* zijn daarentegen van mening dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 ook van toepassing is wanneer bij een gasleveringsovereenkomst de partijen verwijzen naar dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Dientengevolge is richtlijn 93/13 niet van toepassing. In dit verband is de Duitse regering van mening dat het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" in artikel 1, lid 2, van de richtlijn niet wordt gedefinieerd en dat ook de dertiende en de veertiende alinea van de considerans slechts de draagwijdte van dit begrip betreffen. Derhalve dient dit begrip volgens de Duitse regering te worden uitgelegd naar het nationale recht van de lidstaten en dient op grond van het nationale recht te worden vastgesteld of een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling dwingend is. Alleen deze uitlegging voldoet naar haar opvatting aan het doel en de strekking van artikel 1, lid 2, dat een beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in het geval van dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen beoogt te voorkomen.

B – *Tweede prejudiciële vraag*

30. Met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag zijn *verzoekster* en de *Commissie* van mening dat de ondoorzichtigheid van een prijswijzigingsbeding niet kan worden gecompenseerd door de opzeggingsmogelijkheid of de mogelijkheid van rechterlijke toetsing evenmin als door een tijdige aankondiging van de prijsverhoging, temeer omdat in het onderhavige geval noch een dergelijke tijdige aankondiging noch een opzeggingsmogelijkheid aan de orde is. De Commissie voert in dit verband verder aan dat de transparantieplicht weliswaar in beginsel niet verlangt dat de reden, de omvang en de voorwaarden van een prijsverhoging worden vermeld, omdat het aan de nationale rechterlijke instanties is om de begrijpelijkheid en duidelijkheid van een dergelijk beding te beoordelen. Aan het transparantiegebod is echter niet voldaan, indien gerefereerd wordt aan een op zichzelf niet transparante bepaling. De rechtsgevolgen van een niet-transparante regeling dienen door de nationale rechter te worden vastgesteld.

31. De *Belgische regering* is daarentegen van mening dat met de tijdige aankondiging van de prijsverhoging alsmede de opzeggingsmogelijkheid is voldaan aan de transparantieplicht. Een prijswijzigingsbeding in de zin van de bijlage, punt 1, sub j, bij artikel 3 van richtlijn 93/13 kan naar haar opvatting oneerlijk zijn; de beoordeling daarvan is echter een taak van de nationale rechter.

32. De *Duitse regering* stelt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter en van de transparantie volgens richtlijn 93/13 uitsluitend een taak van de nationale rechterlijke instanties is, en gaat er voor het overige vanuit dat richtlijn 2003/55 niet van toepassing is, aangezien deze geen rechtstreekse rechten verleent aan de consument, maar de volledige openstelling van de interne energiemarkt beoogt. *Verweerster* voert in dit verband verder aan dat richtlijn 2003/55 tevens niet van toepassing is vanwege het feit dat de litigieuze overeenkomsten reeds vóór de vaststelling van deze richtlijn zijn gesloten.

33. Zowel *verweerster* als de *Duitse regering* geeft subsidiair, mocht hun opvatting geen gehoor vinden, in overweging om de werking van het arrest van het Hof te beperken: volgens de Duitse regering tot overeenkomsten gesloten na de uitspraak van het Hof, volgens verweerster tot een periode van 20 maanden na de uitspraak.

VI – Juridische beoordeling

A – *Eerste prejudiciële vraag*

34. De eerste prejudiciële vraag betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13, volgens welke bepaling contractuele bedingen die berusten op dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of op bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, niet vallen onder de bepalingen van deze richtlijn. De verwijzende rechter wenst te vernemen hoe het daarin gebruikte begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" dient te worden uitgelegd. In concreto gaat het erom of dit begrip aldus dient te worden opgevat dat daaronder slechts wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen vallen die betrekking hebben op een wettelijk geregeld type overeenkomst waarvoor de lidstaat normen heeft vastgesteld, of dat het voldoende is wanneer een overeenkomst die eigenlijk niet onder de dwingende werking van een nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling valt, ten aanzien van specifieke bedingen inhoudelijk exact verwijst naar nationale wettelijke regelingen. Deze vraag betreft derhalve de materiële werkingssfeer van richtlijn 93/13.

1. Ontbreken van een wettelijke definitie van het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" en afwijkingen tussen de verschillende taalversies

35. Het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" [„bindende Rechtsvorschrift"] in artikel 1, lid 2, wordt in richtlijn 93/13 niet nauwkeurig gedefinieerd waardoor de bovenstaande vraag onbeantwoord blijft, evenals het – door partijen niet besproken – probleem of daarmee slechts dwingende of ook aanvullende bepalingen zijn bedoeld.

36. Voor een begrip van artikel 1, lid 2, als globale uitzondering uitsluitend voor dwingend recht pleit in eerste instantie de grammaticale uitlegging van richtlijn 93/13. Zoals het begrip in de Duitse taal wordt opgevat, zijn dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bepalingen die de partijen binden, waarvan zij dus niet bij overeenkomst kunnen afwijken. Maar deze uitlegging is onzeker, omdat juridisch-technisch de correcte term „dwingende" [„zwingende"] wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is. Voor een uitzondering uitsluitend voor dwingend recht [„Zwingendes Recht"] pleit evenwel de Engelse, Franse en Spaanse tekst van de richtlijn gezien de daar gebruikte begrippen „mandatory", „impératif" en „imperativo".

37. In zoverre is de dertiende alinea van de considerans van de richtlijn echter een geschikt hulpmiddel voor de uitlegging. Daarin wordt vermeld dat bepalingen van de lidstaten waarin direct of indirect bedingen van consumentenovereenkomsten worden vastgesteld, worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten; inzonderheid in de tweede volzin, tweede deelzin, wordt vermeld dat onder de term dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen „tevens" die regels vallen die volgens de wet van toepassing zijn tussen de overeenkomstsluitende partijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen. Deze laatstgenoemde precisering, verbonden met de voorwaarde van bindende werking, kan alleen aldus worden opgevat dat de in artikel 1, lid 2, genoemde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen ook bepalingen van aanvullend recht kunnen zijn. Deze verduidelijking is weliswaar alleen in de considerans en niet in de tekst van de richtlijn zelf te vinden, maar bij de uitlegging verdient de considerans van een richtlijn bijzondere aandacht, aangezien deze de wil en de beweegredenen van de wetgevende organen weergeeft en derhalve in bijzondere mate uitsluitsel geeft over de motieven die tot de vaststelling van de richtlijn hebben geleid, alsmede over de daarmee

nagestreefde doelstellingen.[10] De considerans is op grond van artikel 295 VWEU respectievelijk artikel 253 EG bestanddeel van de wetgevingsdocumenten, en een uitlegging van de tekst van de richtlijn aan de hand daarvan is derhalve absoluut noodzakelijk.[11] Wanneer dus in een punt van de considerans wordt toegelicht hoe een bepaald, in de richtlijn gebruikt begrip dient te worden opgevat, is dit een aanwijzing dat deze uitlegging ook voor de tekst van de richtlijn zelf bindend is.

38. Ook de historische en de teleologische uitlegging pleit ervoor dat het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" zowel dwingend als aanvullend recht dient te omvatten. Dit zal ik hieronder toelichten.

39. Een dergelijke historische en teleologische uitlegging is met name ook geboden, omdat de taalversies ten aanzien van het woord „overnemen" in artikel 1, lid 2, van elkaar verschillen. De Franse versie spreekt van „clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives", de Engelse van „contractual terms which reflect mandatory, statutory or regulatory provisions". Deze woorden „reflètent" respectievelijk „reflect", die ruimer zijn dan het in de Duitse versie gebruikte „beruhen", zouden ervoor kunnen pleiten dat een overeenkomst door verwijzing naar dwingende bepalingen ook dan wordt onttrokken aan de werkingssfeer van richtlijn 93/13 wanneer deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling betrekking heeft op een ander type overeenkomst en/of een andere kring van personen.

40. Volgens vaste rechtspraak brengt het vereiste van uniforme toepassing van het Unierecht evenwel mee dat een bepaling niet op zichzelf in één van haar taalversies mag worden beschouwd. Vooral wanneer er verschillen zijn tussen de taalversies van een Unierechtelijke handeling of er twijfels blijven bestaan, moet bij de uitlegging van de betrokken bepaling worden gelet op de algemene opzet en het doel van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt.[12]

2. Ontstaansgeschiedenis alsmede doel en strekking van de bepaling

41. Ook de historische uitlegging alsmede de uitlegging naar doel en strekking van de richtlijn pleiten ervoor dat een „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 ook van aanvullend recht kan zijn, maar alleen als deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling door de wetgever is toegesneden op de tussen de verkoper en de consument gesloten overeenkomst, kan worden uitgegaan van de niet-toepasselijkheid van de richtlijn en van een uitsluitingseffect van artikel 1, lid 2.

10 — Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie ten behoeve van eenieder die binnen de gemeenschapsinstellingen bij de opstelling van wetteksten is betrokken, punt 10.

11 — Köndgen, J. in: Riesenhuber, K. (uitg.), *Europäische Methodenlehre*, 2e druk, § 7, punten 39 en 42.

12 — Zie mijn conclusie van 17 januari 2012 in de zaak DR en TV2 Danmark (C-510/10, punten 41 en 49).

a) Ontstaansgeschiedenis

42. Uit de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 93/13[13] kan worden afgeleid dat een regeling die inhoudelijk overeenstemt met artikel 1, lid 2, van de richtlijn nog niet was opgenomen in het oorspronkelijke voorstel van de Commissie van 3 september 1990.[14] Dit gezichtspunt is voor het eerst pas opgekomen in het kader van de raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité over het voorstel van de Commissie, die hekelde dat het voorstel niets bevatte over de verhouding met het bestaande of toekomstige nationale recht over oneerlijke contractuele bedingen. In dit verband werd voorgesteld aan te geven dat de lidstaten ook bepalingen kunnen in stand houden of invoeren die verder gaan dan de beschermingsregeling van de richtlijn. Verder werd het ontbreken van een verwijzing naar andere gemeenschapsrechtelijke bepalingen en internationale bepalingen gehekeld.[15] Overeenkomstig deze suggestie stelde het Europees Parlement in zijn advies van 20 november 1991 voor om een bepaling toe te voegen volgens welke de richtlijn alleen voor die algemene voorwaarden zou gelden waarbij van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen afwijkende of aanvullende regelingen werden overeengekomen.[16] Op basis van deze voorstellen heeft de Commissie op 5 maart 1992 een gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ingediend, dat evenwel in eerste instantie geen voorschriften met betrekking tot de dwingende bepalingen van lidstaten bevatte.[17] De in casu litigieuze bepaling werd pas ingelast met het Gemeenschappelijk standpunt dat de Raad in september 1992 met inachtneming van de adviezen van het Economisch en Sociaal Comité alsmede van het Europees Parlement bepaalde en waarin richtlijn 93/13 haar uiteindelijke redactie kreeg, zonder dat het begrip dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen overigens verder werd toegelicht.[18]

43. Reeds uit dit historische overzicht blijkt dat geen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen dwingend recht en recht waarvan mag worden afgeweken, dat het doorslaggevende gezichtspunt tijdens de beraadslagingen de verhouding van bedingen in algemene voorwaarden met het bestaande nationale of supranationale recht was en dat algemene voorwaarden alleen aan een toetsing moesten kunnen worden onderworpen indien zij van het toepasselijke recht afwijken.[19]

13 — Voor een overzicht van de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 93/13, zie Nebbia, P., *Unfair Contract Terms in European Law – A Study in Comparative and EC Law*, Oxford 2007, blz. 7.
De ontwikkeling van het Europese contractenrecht schrijdt ondertussen voort. In dit verband kan het voorstel van de Commissie van 11 oktober 2011 voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht [COM(2011) 635 def.] worden genoemd. Dit voorstel voorziet in een facultatief Europees kooprecht voor grensoverschrijdende koopovereenkomsten, dat van toepassing is indien partijen dit uitdrukkelijk besluiten. Hoofdstuk 8 (artikel 79 tot en met 86 – „oneerlijke voorwaarden van overeenkomsten") van dit document bevat bepalingen inzake oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen zowel handelaars en consumenten (B2C), die voor een groot deel overeenstemmen met die van richtlijn 93/13, alsook tussen handelaars onderling (B2B). Zie met betrekking tot de verschillende opties voor de invoering van een Europees contractenrecht, inclusief de door de Commissie bepleite methode van een facultatief rechtsinstrument, nader Von Bar, C., „Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa", *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft* (uitg. Christian von Bar/Arkadiusz Wudarski), München 2012, blz. 3.

14 — COM(1990) 322 def.

15 — Advies over het voorstel voor een richtlijn van de raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 24 april 1991 (PB C 159, blz. 34; hierna: „Advies 1991", punten 2.6 en 2.7).

16 — Wetgevingsresolutie (Samenwerkingsprocedure: eerste lezing) houdende advies van het Europees Parlement inzake het voorstel van de Commissie aan de Raad voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 20 november 1991, PB C 326, blz. 108 (hierna: Wetgevingsresolutie 1991), wijziging punt 9, blz. 111.

17 — Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM(1992) 66 def., overeenkomstig artikel 149, lid 3, EEG-Verdrag ingediend door de Commissie op 5 maart 1992, PB C 73, blz. 7.

18 — Gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 22 september 1992 met het oog op de vaststelling van de richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, doc. 8406/1/92, bekendgemaakt in PB C 283, blz. 1 (hierna: „Gemeenschappelijk standpunt 1992"), punt 2, in extenso afgedrukt in ZIP, 1992, blz. 1591 e.v.

19 — In die zin ook Pfeiffer, T., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, deel IV, commentaar bij A 5, artikel 1, punt 25; Eckert, H.-W., *Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, WM 1993, blz. 1070, 1072; Kapnopoulou, E., *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union*, Tübingen 1997, blz. 97; Remien, O., *AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld*, ZEuP 1994, blz. 34, 45; Tenreiro, M., *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems*, ERPL 1995, blz. 273.

b) Teleologische overwegingen

44. Hetzelfde vloeit voort uit het doel van richtlijn 93/13.

i) Algemene overwegingen met betrekking tot richtlijn 93/13

45. Het hoofddoel van richtlijn 93/13 bestond in een minimumharmonisatie van de consumentenbescherming teneinde stapsgewijs een functionerende gemeenschappelijke interne markt tot stand te brengen. [20] Reeds in het eerste richtlijnontwerp van 3 september 1990 wees de Commissie erop dat het vanwege het grote aantal lidstaten met verschillende rechtssystemen voor consumenten moeilijk is om gebruik te maken van het aanbod van goederen en diensten in andere lidstaten. Zonder een bepaalde zekerheid dat hij niet door oneerlijke bedingen worden benadeeld omdat hij de taal van de andere lidstaat niet machtig is, mist de consument het nodige vertrouwen om te profiteren van de gemeenschappelijke interne markt. [21] Gezien de nagestreefde minimumharmonisatie van het recht inzake oneerlijke bedingen werd echter voor het overige op dat moment niet beoogd om invloed uit te oefenen op het bestaande contractenrecht van de lidstaten. [22] Dientengevolge zijn in de uiteindelijk in werking getreden richtlijn vereisten opgenomen die reeds op dat moment als onmisbaar werden beschouwd voor de verwezenlijking van een gemeenschappelijke interne markt; deze doelstelling is in de eerste tien alinea's van de considerans op niet mis te verstane wijze weergegeven.

ii) Concrete overwegingen bij artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13

46. Tegen de achtergrond van het doel van richtlijn 93/13 dient ook de uitzonderingsregeling van artikel 1, lid 2, van de richtlijn te worden bezien.

47. Deze uitzonderingsbepaling is bedoeld voor gestandaardiseerde overeenkomsten waarvan de inhoud reeds bij wet is vastgesteld na een evenwichtige afweging van de belangen van alle contractpartijen door de nationale wetgever. [23] Bedingen die door de nationale wetgever van een lidstaat zijn goedgekeurd, worden dus vermoed voldoende evenwichtig te zijn en niet te berusten op een misbruik van de economische machtspositie van de verkoper. [24] Deze principiële overwegingen zijn door de uiteindelijk vastgestelde tekst van richtlijn 93/13 niet gewijzigd: in de zin van de richtlijn weerspiegelt het begrip „dwingend" niet het in het burgerlijk recht vaak gemaakte verschil tussen „dwingende" bepalingen en „aanvullende" bepalingen. De richtlijn stelt veeleer dat met het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen" die regels worden bedoeld die volgens de wet van toepassing zijn tussen de contractpartijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen. [25]

20 — Zie Wolf, M., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, deel IV, commentaar bij A 1, punten 1 en 2. Zie wat betreft de voor- en nadelen van het uitgangspunt van minimumharmonisatie Nebbia, P., t.a.p. (voetnoot 13); Wendehorst, C., „Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte", in: Jud, B./Wendehorst, C. (uitg.), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa*?, blz. 165, wijst erop dat in het verleden de meeste richtlijnen op het gebied van het privaatrechtelijke consumentenrecht op een minimumharmonisatie waren gericht, dus een eendimensionale bescherming ten gunste van de consument, die slechts via deze omweg bijdroeg aan de bevordering van de interne markt.

21 — COM(1990) 322 def., inleiding blz. 2, blz. 68, 69.

22 — Zie in zoverre Advies 1991, aangehaald in voetnoot 15, punt 2.1.2; zie nader ook Pfeiffer, T., in: Grabitz/Hilf, t.a.p. (voetnoot 19), A 5, artikel 1, punt 6.

23 — In die zin reeds de Europese Commissie in haar eerste discussienota van 14 februari 1984, COM(1984) 55 def., alsmede, daaraan refererend, in haar verslag over de toepassing van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM(2000) 248 def., hoofdstuk III – Gedetailleerde analyse en punten van overweging, punt 1 b.

24 — Pfeiffer, T. in: Grabitz/Hilf, t.a.p., A 5, artikel 1, punt 30, noemt dit het „vermoeden van redelijkheid".

25 — COM(2000) 248 def., aangehaald in voetnoot 23, hoofdstuk III, 1.b, met uitdrukkelijke verwijzing naar de dertiende alinea van de considerans.

48. Van de bovenbedoelde evenwichtige belangenafweging door een nationale wetgever in het kader van nationale regelingen kan evenwel geen sprake zijn, wanneer voor de betreffende overeenkomst respectievelijk de daarin geregelde situatie in zijn geheel geen dergelijke wettelijke regeling bestaat. In dit verband kan niet buiten beschouwing worden gelaten dat volgens artikel 4 van richtlijn 93/13 voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking moeten worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.[26] Zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak Pereničová en Perenič heb uiteengezet[27], moeten derhalve alle regelingen in hun geheel worden bezien om te kunnen bepalen of er sprake is van een onredelijke benadeling van de consument, en is het niet voldoende om slechts aan de hand van een geïsoleerde beoordeling van een enkel beding te concluderen tot het oneerlijk karakter ervan. Omgekeerd is het voor een toepassing van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 niet voldoende wanneer een beding geïsoleerd verwijst naar een dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die voor een volkomen ander type overeenkomst in het leven is geroepen, aangezien in een dergelijk geval juist niet ervan uit kan worden gegaan dat de door de wetgever voor een bepaald type overeenkomst verrichte globale beoordeling ook geldt voor andere overeenkomsten die niet onder de bepaling vallen.[28]

49. In dit verband wil ik eraan herinneren dat algemene voorwaarden en contractuele bedingen in beginsel bedoeld zijn de plaats in te nemen van de door de wetgever gekozen wettelijke oplossingen en de door hem als evenwichtig beoordeelde oplossingen te vervangen door zulke die eenzijdig de bestmogelijke waarborging van de eigen belangen van één van partijen nastreven.[29] Volgens vaste rechtspraak van het Hof berust het door richtlijn 93/13 gecreëerde beschermingsstelsel op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te hebben kunnen uitoefenen.[30] Dat wordt afgezien van een toetsing van dergelijke contractuele bedingen, is derhalve alleen gerechtvaardigd voor zover een lidstaat wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen voor een bepaald type overeenkomst heeft vastgesteld, want alleen dan kan ervan uit worden gegaan dat de vereiste globale beoordeling door de lidstaat reeds in het kader van de wetgevingsprocedure is geschiedt, waarbij het niet relevant is of deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dwingend of aanvullend van aard zijn.[31]

50. Dit betekent dat bedingen in algemene voorwaarden volgens de doelstelling van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 slechts dienen te worden getoetst wanneer zij niet berusten op geldend recht. Indien een verkoper echter in het kader van zijn algemene voorwaarden bedingen toepast die rechtsgevolgen hebben die voor de te sluiten overeenkomst de lege lata niet gelden, wijken deze bedingen van het geldende recht af. Dit is juist in overeenstemming met de inhoud van de tweede volzin, tweede deelzin, van de dertiende alinea van de considerans van richtlijn 93/13, waar is vastgelegd dat alleen

26 — In die zin ook arrest van 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Jurispr. blz. I-3043, punt 21).

27 — Conclusie bij arrest van 15 maart 2012 (C-453/10, punt 69).

28 — In die zin ook Kapnopoulou, E., t.a.p. (voetnoot 19), blz. 97.

29 — Zo ook COM(2000) 248 def., aangehaald in voetnoot 23, hoofdstuk III, inleiding; in die zin verder Remy-Corlay, P., „L'influence du droit communautaire sur l'office du juge", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, blz. 684; Lagarde, X., „Qu'est-ce qu'une clause abusive?", *La Semaine Juridique Édition Générale*, punt 6, 2006, blz. 110 e.v.

30 — Zie arresten van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (C-240/98 tot en met C-244/98, Jurispr. blz. I-4941, punt 25); 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 25), en 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, Jurispr. blz. I-9579, punt 29).

31 — In deze richting lijkt ook het betoog van Lagarde, X., t.a.p. (voetnoot 29), blz. 110 e.v., onder B, te gaan, die uiteenzet dat het mogelijke oneerlijke karakter van een beding dat inhoudelijk door de wetgever is goedgekeurd, niet meer hoeft te worden getoetst.

die bedingen zijn uitgezonderd van een toetsing op grond van de richtlijn die uitsluitend geldend recht weergeven. Met andere woorden: indien bedingen binnen het toepassingsgebied van het geldende recht liggen, zonder dat de gebruiker een wijziging heeft aangebracht, zijn de betrokken bedingen als niet problematisch te beschouwen.

51. Iedere andere juridische beoordeling zou ertoe leiden dat een gebruiker van een beding kan verwijzen naar of de bewoordingen kan overnemen van ongeacht welke dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling om het beding in zijn geheel te onttrekken aan de rechterlijke toetsing. [32] Dat dit niet de bedoeling van de Uniewetgever is geweest, ligt voor de hand. Deze beoordeling strookt ook met de vaststelling van het Hof in de zaak Cofidis, dat „bedingen, die niet enkel dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen weergeven [...] niet klaarblijkelijk zijn onttrokken aan de werkingssfeer van de richtlijn zoals deze in de artikelen 1, lid 2, [...] daarvan is afgebakend". [33]

52. Gezien het bovenstaande dient artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 als uitzonderingsbepaling strikt te worden uitgelegd, zoals de Commissie terecht aanvoert. [34]

53. Hiervoor pleit inzonderheid ook het bovengenoemde doel van de richtlijn, de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt mogelijk te maken door ervoor te zorgen dat een consument bij de grensoverschrijdende aanschaf van goederen en diensten niet hoeft te vrezen door oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden te worden benadeeld. [35] Dit zou echter het geval zijn, als een gebruiker van een beding bepalingen in zijn algemene voorwaarden kon opnemen die weliswaar in abstracto overeenstemmen met de wettelijke bepalingen van een of meerdere lidstaten, maar voor de te sluiten overeenkomst in concreto helemaal niet bedoeld waren.

54. Een afwijkende juridische beoordeling is verder niet geboden om de reden dat het in het onderhavige geval gaat om de algemene voorwaarden van een energieleverancier die doelstellingen van algemeen belang nastreeft. De Uniewetgever heeft zeer wel rekening gehouden met een dergelijk geval, zoals blijkt uit artikel 2, sub c, van richtlijn 93/13, waarin de richtlijn uitdrukkelijk ook van toepassing wordt verklaard op verkopers die handelen in het kader van hun publiekrechtelijke beroepsactiviteit. [36] Uitgezonderd zijn in dit verband slechts contractuele bedingen van de overheid die – zoals in Duitsland bij energieleveranciers gebruikelijk – door middel van verordeningen of statuten zijn geregeld [37] en daardoor vallen binnen de werkingssfeer van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13.

55. Voor een afwijkende juridische beoordeling is evenmin plaats indien de uitgangspositie van de contractpartijen vergelijkbaar is met de in een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling beschreven situatie, waar de verwijzende rechter alsmede verweerster en de Duitse regering in het onderhavige geval van uitgaan. [38]

56. In dit verband moet er rekening mee worden gehouden dat de Duitse wetgever het in de hand had om de AVBGasV uit te breiden tot buiten het in § 1 ervan vastgelegde toepassingsgebied, tot klanten met een rechtspositie vergelijkbaar met die van klanten met een vast tarief. Hier heeft de wetgever niet voor gekozen, maar enkel door middel van § 310 BGB de in de §§ 308 en 309 BGB vastgelegde

32 — Zie wat betreft deze mogelijkheid ook Kapnopoulou, E., t.a.p. (voetnoot 19), blz. 97; Pfeiffer, T., in: Grabitz/Hilf, t.a.p. (voetnoot 19), A 5, artikel 1, punt 26; de Nova, G., „Italian Contract Law and the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", ERPL, 1995, blz. 221, 223.

33 — Arrest van 21 november 2002, Cofidis (C-473/00, Jurispr. blz. I-10875, punt 22).

34 — Schriftelijke opmerkingen van de Commissie van 4 augustus 2011, punt 45; Wolf, M., in: Grabitz/Hilf, t.a.p. (voetnoot 20), A 1, punt 2.

35 — Zie punt 47; in die zin ook Vigneron-Maggio-Aprile, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zürich 2006, blz. 11, 15.

36 — In die zin ook de Europese Commissie, COM(2000) 248 def., aangehaald in voetnoot 23, hoofdstuk III, 1.b, met verwijzing naar haar advies naar aanleiding van de vaststelling van het Gemeenschappelijk standpunt 1992 samen met de Raad.

37 — In die zin ook Tilman, I., *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, München 2003, blz. 14.

38 — Zie punt 21 van de verwijzingsbeschikking alsmede punten 23 e.v. van de schriftelijke opmerkingen van verweerster van 4 augustus 2011.

verboden bedingen niet-toepasselijk verklaard, zonder toelatingsmogelijkheid. Indien de wetgever er bewust van afziet om een bepaalde wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling uit te breiden tot een andere kring van personen, is ook het in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 genoemde begrip van de „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" niet meer van toepassing.

57. Gezien het bovenstaande leidt ook de teleologische uitlegging, uitgaande van het doel en de strekking van de richtlijn, tot het resultaat dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 alleen die regelingen wil uitsluiten van de werkingssfeer van de richtlijn die op grond van wettelijke bepalingen – ongeacht of deze dwingend of aanvullend van aard zijn – voor de te sluiten overeenkomst gelden.

58. Mitsdien stel ik voor om de eerste prejudiciële vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus dient te worden uitgelegd dat als „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen" in de zin van de bepaling slechts die bepalingen zijn die volgens de wet betrekking hebben op de kring van overeenkomstsluitende partijen en het door hen beoogde type overeenkomst, waarbij het niet uitmaakt of deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dwingend van aard zijn of dat de partijen daarvan kunnen afwijken.

B – *Tweede prejudiciële vraag*

59. Met zijn tweede prejudiciële vraag informeert de verwijzende rechter naar de vereisten van de transparantieplicht van de richtlijnen 93/13 – artikel 5 – en 2003/55 – artikel 3, lid 3. Hij wenst in wezen te vernemen of contractuele bedingen inzake een prijswijzigingsrecht in gasleveringsovereenkomsten die geen uitsluitsel geven over de voorwaarden van het prijswijzigingsrecht, als voldoende duidelijk en begrijpelijk kunnen worden beschouwd wanneer is gewaarborgd dat de aanbieder zijn klanten tijdig van de prijsverhoging in kennis stelt en de klant het recht heeft zowel om zich ter zake tot de rechter wenden, als om de overeenkomst op te zeggen. De verwijzende rechter neemt in aanmerking dat een schending van de in artikel 5 van richtlijn 93/13 vastgelegde transparantieplicht bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder gevolg zou kunnen zijn, gezien de punten 1, sub j, en 2, sub b, van de bijlage bij artikel 3 van richtlijn 93/13. Vooral met betrekking tot gasleveringsovereenkomsten is de verwijzende rechter van mening dat uit bijlage A, sub b en/of c, een dergelijk rechtsgevolg kan worden afgeleid.

60. De tweede prejudiciële vraag roept vragen op met betrekking tot meerdere deelaspecten:

1. Enerzijds dient te worden onderzocht hoe de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13 zich verhoudt tot artikel 3 van dezelfde richtlijn. Dit is vooral van betekenis omdat er bij artikel 5 geen met de bijlage bij artikel 3 vergelijkbare bijlage is, waardoor de vraag naar de toepasselijkheid van punt 1, sub j, en punt 2, sub b, tweede zin, van de bijlage bij artikel 3 ook in het kader van de werkingssfeer van artikel 5 van richtlijn 93/13 aan de orde is.

2. Verder moet worden onderzocht of de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 dezelfde draagwijdte heeft als de transparantieplicht van artikel 5 van richtlijn 93/13, en zo ja, welke rechtsgevolgen daaruit kunnen worden afgeleid.

3. Alsdan moet de toetsingsbevoegdheid van het Hof ten aanzien van een eventuele schending van de transparantieplicht in beide richtlijnen worden bezien, inzonderheid of een dergelijke toetsing voorbehouden is aan de nationale rechterlijke instanties en in hoeverre het Hof bevoegd is zonodig aanwijzingen te verschaffen.

4. In het kader van de vastgestelde toetsingsbevoegdheid van het Hof dient daarna een standpunt te worden ingenomen met betrekking tot het litigieuze prijswijzigingsbeding in concreto, inzonderheid de vraag of een eventuele schending van de in richtlijn 93/13 vastgelegde

transparantieplicht niet aan de orde is als aan de klant als tegenprestatie een opzeggings- of herroepingsrecht wordt toegekend, zoals vastgelegd in artikel 3, leden 1 en 3, van richtlijn 93/13 juncto de bepalingen in de bijlage bij punt 1, sub j, en punt 2, sub b, tweede zin.

5. Ten slotte dient te worden onderzocht of voor de transparantieplicht in artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 juncto sub b en c van de bijlage op grond van de bijzondere kenmerken van gasleveringsovereenkomsten andere rechtsbeginselen dienen te gelden.

61. Hierna zal ik deze vragen in bovenstaande volgorde behandelen.

1. Verhouding tussen de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13 en de bepaling inzake het oneerlijke karakter van bedingen in artikel 3 van richtlijn 93/13

62. Allereerst zal ik ingaan op de verhouding tussen de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13 en de bepaling inzake het oneerlijke karakter van bedingen in artikel 3 van deze richtlijn. Dienaangaande kan uit de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 93/13 worden afgeleid dat het bij de transparantieplicht gaat om een afzonderlijk vastgelegd criterium van het oneerlijke karakter conform artikel 3. Dit gezichtspunt werd voor het eerst aangedragen in het kader van de raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité over het voorstel van de Commissie van 3 september 1990, waarbij werd geopperd om de onbegrijpelijkheid van een contractueel beding expliciet als aanvullend criterium voor het oneerlijke karakter van bedingen op te nemen.[39] Dit heeft het Europees Parlement in zijn advies van 20 november 1991 overgenomen[40], en uiteindelijk heeft ook de Raad bij de vaststelling van het Gemeenschappelijk standpunt 1992 verklaard dat de voor de inhoudstoetsing „oneerlijk karakter" doorslaggevende algemene bepaling[41] artikel 3, lid 1, is, die wordt aangevuld met een apart uitgewerkte transparantieplicht in artikel 5, eerste zin.[42] Bij de transparantieplicht in artikel 5 van richtlijn 93/13 gaat het derhalve om een verplichting waaraan een zo groot belang werd toegekend dat deze afzonderlijk werd vermeld naast de algemene bepaling inzake het oneerlijke karakter.

63. De transparantieplicht van artikel 5 van richtlijn 93/13 is derhalve een afzonderlijk vastgelegd criterium van het oneerlijke karakter bedoeld in artikel 3 van richtlijn 93/13[43], met het gevolg dat de bepalingen van de bijlage bij artikel 3 van richtlijn 93/13 ook in het kader van de transparantieplicht van belang zijn.

2. Verhouding tussen de transparantieplicht van de artikelen 5 en 3 van richtlijn 93/13 en de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55

64. Tot dusver had het Hof geen gelegenheid om de in de gasrichtlijn 2003/55 voor alle contractvoorwaarden bepaalde transparantieplicht te beoordelen. Aan de hand van de ontstaansgeschiedenis en doelstelling van richtlijn 2003/55 zal ik hierna evenwel laten zien dat de werkingssfeer van deze bepaling overeenstemt met de transparantieplicht van artikel 5 van richtlijn 93/13.

39 — Advies 1991, aangehaald in voetnoot 15, punt 2.5.3.

40 — Wetgevingsresolutie 1991, aangehaald in voetnoot 16, wijzigingen punten 35 en 45.

41 — Met betrekking tot de betekenis van algemene bepalingen in het Europese overeenkomstenrecht zie Grundmann, S., „General Standards and Principles, Clauses Générales, and Generalklauseln in European Contract Law – A Survey", *General Clauses and Standards in European Contract Law – Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification* (uitg. Stefan Grundmann/Denis Mazeaud), Den Haag, 2006, blz. 1.

42 — Gemeenschappelijk standpunt 1992, aangehaald in voetnoot 18, punt 5.

43 — In dit verband wil ik erop wijzen dat – zoals Schillig, M., „Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *European Law Review*, 2008, blz. 336 e.v., heel juist aangeeft – de transparantieplicht de verkoper ertoe dwingt eerlijke contractuele bedingen op te stellen. In zoverre wordt met de artikelen 3 en 5 van richtlijn 93/13 per saldo hetzelfde doel nagestreefd.

65. De prioritaire doelstelling van richtlijn 2003/55 was om een interne markt voor aardgas tot stand te brengen, wat destijds een volledige liberalisering vereiste. Reeds bij het begin van dit project begreep de Uniewetgever dat de openstelling van de markt geleidelijk moest plaatsvinden, aangezien de uitgangssituatie gekenmerkt werd door streng gereguleerde, strikt nationale en veelal monopolistische markten. De uitdaging was, deze markten om te vormen tot één enkele Europese, volledig vrije markt, waarin alle gebruikers gas zouden kunnen betrekken van de leverancier van hun keuze. Met richtlijn 98/30[44] werd een eerste voorbereidende stap in deze richting gezet, gevolgd door de hier besproken richtlijn 2003/55, die in artikel 23 voorziet in een stappenplan tot aan de opheffing van de belemmeringen voor de mededinging op de aardgasmarkt.[45] Hiervoor werd het noodzakelijk geacht verschillende procedureregels van de verschillende lidstaten en de daarmee gepaard gaande concurrentiedistorsies op te heffen en daartoe bepaalde minimumeisen te stellen aan het sluiten van overeenkomsten en de transparantie van informatie.[46]

66. In zoverre bevat artikel 3 van richtlijn 2003/55 wezenlijke voorwaarden voor de verwezenlijking van de gemeenschappelijke interne energiemarkt. Terwijl het opleggen van openbaredienstverplichtingen in lid 2 wordt beschouwd als een bevoegdheid die de lidstaten in het algemeen belang uitoefenen, zijn de lidstaten volgens lid 3 in het algemeen gehouden passende maatregelen te nemen om eindafnemers te beschermen en om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen.[47] Lid 3 bevat daarmee een verplichting tot bescherming van de afnemers, waarbij in het bijzonder rekening moet worden gehouden met diegenen onder hen die de bescherming het hardst nodig hebben. In ieder geval voor de huishoudelijke afnemers omvatten de vereiste maatregelen die genoemd in bijlage A bij richtlijn 2003/55, waarbij daar in de tweede zin van sub d voor huishoudelijke afnemers de transparantieplicht nogmaals afzonderlijk wordt benadrukt. Reeds in haar eerste voorstel van 13 maart 2001 heeft de Commissie erop gewezen dat bij de te treffen regeling van wezenlijk belang is dat alle burgers van de Gemeenschap een universeel recht hebben op levering tegen redelijke prijzen en een minimumstandaard van consumentenbescherming; het doel was derhalve te zorgen dat de consument de vrije keuze heeft tegen lage prijzen.[48] Daaraan heeft de Commissie met inachtneming van het advies van het Economisch en Sociaal Comité van 17 januari 2001 en het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 3 februari 2003 niet alleen vastgehouden, maar in haar gewijzigde voorstel van 7 juni 2002 in aanvulling hierop aanpassingen in de bijlage aangebracht die uiteindelijk ook zijn vastgesteld.[49]

67. Dit laat reeds zien dat bij de totstandbrenging van de gemeenschappelijke interne energiemarkt de consumentenbescherming hoge prioriteit had en dat het met de richtlijn nagestreefde doel niet slechts bestond in een verbetering van de mededinging, maar ook in een zo goedkoop mogelijke voorziening van de consument, met wiens belangen zoveel mogelijk rekening diende te worden gehouden.

68. Indien men de uitgangssituatie bij de vaststelling van richtlijn 93/13 vergelijkt met de uitgangssituatie bij de vaststelling van richtlijn 2003/55, worden de overeenkomsten snel duidelijk: in beide gevallen moest geleidelijk een gemeenschappelijke interne markt tot stand worden gebracht en in beide gevallen werd het hiervoor noodzakelijk geacht dat de mededinging die daardoor ontstaat, niet wordt belemmerd doordat een consument zich door voor hem onbegrijpelijke of oneerlijke

44 — Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, PB L 204, blz. 1.

45 — Zie in zoverre met betrekking tot de historie, de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 20 oktober 2009, Federutility e.a. (C-265/08, Jurispr. blz. I-3377, punten 36 e.v.); verder het advies van het Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 96/92/EG en richtlijn 98/30/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en aardgas, en het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit van 17 oktober 2001, PB C 36, blz. 10 (hierna: „Advies ESC 2001"), punten 1.1, 1.2 en 2.4.

46 — Advies ESC 2001, punten 6.1.2 en 6.4.4. Dit werd opgevolgd door de Raad in zijn Gemeenschappelijk standput (EG) nr. 6/2003 van 3 februari 2003, PB C 50 E, blz. 36.

47 — COM(2001) 125 def., blz. 22, 37.

48 — Idem, blz. 21, 37.

49 — COM(2002) 304 def., blz. 57.

contractuele bedingen gehinderd ziet een overeenkomst te sluiten met een in een andere lidstaat gevestigde onderneming. Daarom moeten aan de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55, in het bijzonder in samenhang met bijlage A, sub d, tweede zin, dezelfde werking en dezelfde rechtsgevolgen worden toegekend als aan de transparantieplicht van richtlijn 93/13. Voor deze uitlegging pleit met name dat volgens de bewoordingen van bijlage A de rechten van de consument, onder meer op grond van richtlijn 93/13, niet aangetast mogen worden („onverminderd de communautaire voorschriften inzake consumentenbescherming").

69. Derhalve dient de voor algemene contractvoorwaarden in artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 bepaalde transparantieplicht te worden beschouwd als een speciaal voor de interne energiemarkt geldende toepassing van de bij richtlijn 93/13 reeds gewaarborgde transparantieplicht. [50]

3. Omvang van toetsing door het Hof en de nationale rechterlijke instanties

70. Met betrekking tot de centrale vraag of het litigieuze beding zelf als oneerlijk moet worden aangemerkt, dient allereerst te worden vastgesteld dat artikel 3 van richtlijn 93/13 met zijn verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen slechts in abstracto de factoren omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. [51] In deze context bevat de bijlage waarnaar artikel 3, lid 3, van de richtlijn verwijst, slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een hierin voorkomend beding hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden aangemerkt, en omgekeerd kan een beding dat er niet in voorkomt, nochtans oneerlijk worden bevonden. Het enkele feit dat een beding in de lijst voorkomt, betekent dus niet per definitie dat het ook oneerlijk is. Het betrokken beding dient zelfstandig en gedetailleerd aan de hand van de bepalingen van artikel 4 van richtlijn 93/13 te worden beoordeeld. [52]

50 — Zoals ik in punt 88 van mijn conclusie in zaak C-453/10, Pereničová en Perenič (aangehaald in voetnoot 27) heb uiteengezet, bestaan tussen de afzonderlijke handelingen van de Unie op het vlak van consumentenrecht tal van verbindingen. Deze moeten derhalve worden beschouwd als deel van een globaal, uniform stelsel van elkaar aanvullende regelingen (zie Orlando, S., „The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", *European Review of Contract Law*, 2011, blz. 25). De nog steeds bestaande versnippering van het consumentenrecht in de Unie is het gevolg van een historische ontwikkeling in de loop waarvan de Uniewetgever, met het oog op de verwezenlijking van een echte interne markt, voor transacties tussen ondernemingen en consumenten geleidelijk en naargelang van hetgeen reeds was bereikt, afzonderlijke gebieden heeft geregeld.

51 — Arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 25); arrest Freiburger Kommunalbauten (aangehaald in voetnoot 26, punt 20); arresten van 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, Jurispr. blz. I-10847, punt 42), en 26 april 2012 , Invitel (C-472/10, punt 25), beschikking van 16 november 2010, Pohotovost' (C-76/10, Jurispr. blz. I-11557, punten 56 en 58); in dezelfde zin ook Remy-Corlay, P., t.a.p. (voetnoot 29), blz. 746. Zoals Lagarde, X., t.a.p. (voetnoot 29), blz. 110, aangeeft, is een voorwaarde om het beding als oneerlijk te beschouwen, dat de verkoper door wanverhouding een excessief voordeel ten laste van de consument geniet.

52 — Zie dienaangaande mijn uiteenzetting in de conclusie in de zaak Invitel, C-472/10 (arrest aangehaald in voetnoot 51), punten 80 e.v., en daar aangehaalde rechtspraak. Zoals Hesselink, M., „Fair prices in the common market on communitative and distributive justice in European contract law", *Diritto privato europeo – Fonte ed effeti, Materiali del seminario dell' 8-9 novembre 2002*, uitg. Guido Alpa/Remo Danovi, blz. 248 e.v., aangeeft, bestaat de belangrijkste functie van het Europese contractenrecht in de verwezenlijking van rechtvaardigheid („justice") respectievelijk redelijkheid („equity") en billijkheid („fairness"). Het overeenkomstenrecht dient ertoe bij te dragen dat rechtvaardige en billijke oplossingen worden gerealiseerd. Veel rechtsinstituten van het continentaal-Europese contractenrecht en de Common Law hebben volgens de schrijver deze functie. Hij wijst er evenwel op dat steeds omstreden is geweest wat de begrippen „rechtvaardigheid" en „billijkheid" precies betekenen.

71. Uit de vaste rechtspraak van het Hof vloeit voort dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of een contractueel beding voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van richtlijn 93/13 te worden aangemerkt. Zo ja, dan is die rechter ambtshalve gehouden om dat beding te toetsen aan de in voornoemde richtlijn neergelegde eisen van consumentenbescherming.[53] Voor het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betekent dit – zoals alle deelnemers aan de procedure in hun schriftelijke opmerkingen hebben aangegeven – dat de nationale rechter en niet het Hof dient te beoordelen of het litigieuze beding oneerlijk is.

72. Daaruit volgt dat het Hof zich in zijn antwoord dient te beperken tot het verschaffen van aanwijzingen waarmee de verwijzende rechter geacht wordt rekening te houden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding.[54]

73. Deze opmerkingen over de beperkte toetsingsbevoegdheid van het Hof gelden eveneens voor de in artikel 5 van richtlijn 93/13 afzonderlijk geregelde transparantieplicht, zoals het Hof thans uitdrukkelijk heeft vastgesteld.[55]

74. Zoals ik boven onder VI B. 2 heb uiteengezet[56], gelden deze beginselen in gelijke mate voor de transparantieplicht van richtlijn 2003/55 en in het bijzonder voor de in bijlage A genoemde gevallen, zoals de verwijzing aldaar naar richtlijn 93/13 laat zien.

75. Derhalve moet worden vastgesteld dat het aan de nationale rechterlijke instanties is om de vraag te beantwoorden of een schending van de in de richtlijnen 93/13 en 2003/55 vastgelegde transparantieplicht als oneerlijk dient te worden beschouwd, maar dat het Hof aanwijzingen kan verschaffen.

4. Beoordeling van het litigieuze prijswijzigingsbeding met inachtneming van de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13, in het bijzonder gelet op de bijlage bij artikel 3, punten 1, sub j, en 2, sub b, van richtlijn 93/13

76. Derhalve dient te worden onderzocht of het door verweerster gebruikte prijswijzigingsbeding voldoet aan de vereisten van richtlijn 93/13, in het bijzonder de daar bepaalde transparantieplicht.

53 — Arrest VB Pénzügyi Lízing (aangehaald in voetnoot 51, punten 42, 43 en 49). Zie met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties op het gebied van oneerlijke bedingen, Aubry, H./Poillot, E./Sauphanor-Brouillard, N., *Droit de la consommation – Études et commentaires, Recueil Dalloz*, 2010, nr. 13, blz. 798; evenzo wijst Schulte-Nölke, H., „Scope and Role of the horizontal directive and its relationship to the CFR", in: Schulze, R. (uitg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München 2009, blz. 44, erop dat de beslissing over het oneerlijke karakter van een contractueel beding in algemene voorwaarden uiteindelijk dient te worden genomen door de nationale rechterlijke instanties aan de hand van de nationale bepalingen; zie in zoverre ook in het algemeen, met betrekking tot de verplichting van de nationale rechters om conform de richtlijn te beslissen en op deze manier het gemeenschapsrecht effectief om te zetten, Griller, S. „Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung" in: Eilmannsberger, T./Herzig, G. (uitg.), *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Wenen, Graz 2006, blz. 94.

54 — Arresten Pannon GSM (aangehaald in voetnoot 51, punt 42); Freiburger Kommunalbauten (aangehaald in voetnoot 26, punt 22); Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 30, punt 22); VB Pénzügyi Lízing (aangehaald in voetnoot 51, punten 43 e.v.), en Invitel (aangehaald in voetnoot 51, punt 22). Eidenmüller, H./Faust, F./Grigoleit, H. C./Jansen, N./Wagner, G./Zimmermann, R., „Towards a revision of the consumer acquis", *Common Market Law Review*, 2011, blz. 1093 e.v.; dezelfden „The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, deel 28, nr. 4 (2008), blz. 677, alsmede Basedow, J. „Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, deel 210 (2010), blz. 173 e.v., betreuren dat de minimumharmonisatie niet wezenlijk heeft bijgedragen aan een uniformering van het Europese privaatrecht. Bovendien is de toetsing van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen naar hun opvatting toevertrouwd aan de nationale rechters, die zich daarbij baseren op nationale normen en beginselen. De huidige stand van deze toetsing is volgens hen niet bevredigend, aangezien het ontbreekt aan uniforme richtlijnen. Sommigen van de schrijvers geven het Hof daarom in overweging om op basis van referentieteksten, zoals bijvoorbeeld het Gemeenschappelijk Referentiekader („Common Frame of Reference"), Europese normen te ontwikkelen om in de hele Unie een uniforme handelwijze bij de toetsing van het oneerlijke karakter te waarborgen; aldus in het bijzonder Von Bar, C. in „Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens", in: Schmidt-Kessel, M. (uitg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen*, München 2009, blz. 26, en „Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2005, blz. 165, 168.

55 — Beschikking van 16 november 2010, Pohotovost' (aangehaald in voetnoot 51, punt 3 van het dictum), en arrest Invitel (aangehaald in voetnoot 51, punten 27 en 30).

56 — Zie de punten 65 e.v. van deze conclusie.

a) Voornaamste vereisten voor de geldigheid van een effectief prijswijzigingsbeding

77. Op grond van de transparantieregel van artikel 5 van richtlijn 93/13 moeten schriftelijk geformuleerde bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn en moet bij twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument meest gunstige uitlegging gelden. Door dit gebod worden volgens de boven omschreven doelstelling van richtlijn 93/13 zowel de belangen van de consument op redelijke wijze gewaarborgd en wordt de totstandbrenging van de vrije interne markt bevorderd.[57] Het staat vast dat de algemene voorwaarden van de litigieuze gasleveringsovereenkomsten geen bepalingen bevatten inzake de voorwaarden alsmede de aard en omvang van een prijsverhoging, maar slechts een verwijzing naar § 4 AVBGasV. Ook § 4 AVBGasV bevat evenwel in zoverre geen nadere bepalingen, maar refereert ten aanzien van de geldende prijzen voor de aankoop van gas slechts aan algemene tarieven en voorwaarden die pas na algemene bekendmaking van kracht worden.

78. Een dusdanig vage bepaling is voor de consument in de regel niet transparant, alleen al vanwege het feit dat deze volgens haar bewoordingen slechts betrekking heeft op de geldende prijzen en niet op eventuele prijsverhogingen. Of het feit dat de nationale rechtspraak uit een dergelijke bepaling een prijsverhogingsrecht van de gasleverancier afleidt, iets afdoet aan een mogelijke schending van de transparantieplicht, zoals het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsbeschikking aangeeft, lijkt in ieder geval twijfelachtig, temeer omdat deze bepaling, gegeven het toepassingsgebied van de AVBGasV, uitsluitend betrekking heeft op klanten met een vast tarief en het bovendien voor de consument niet duidelijk zal zijn wanneer en onder welke voorwaarden een prijsverhoging toelaatbaar is. Tegen deze achtergrond zal het voor de consument niet mogelijk zijn om te beoordelen of een prijsverhoging gerechtvaardigd is, temeer omdat het voor een consument, die veelal niet geïnformeerd zal zijn over de rechtspraak juist op dergelijke rechtsgebieden, niet duidelijk zal zijn welke vereisten dienen te worden gesteld aan de wens van de gasleverancier om de prijzen te verhogen.

79. Derhalve is twijfelachtig of het litigieuze prijswijzigingsbeding voldoet aan de vereisten van de transparantieplicht van artikel 5 van richtlijn 93/13.

b) Beperkingen van de transparantieplicht door beschermingsmechanismen ten gunste van de consument

80. Uit hetgeen de verwijzende rechter in dit verband opmerkt, kan worden afgeleid dat ook hij niet zonder meer ervan uitgaat dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde beding op zich voldoende transparant is. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de ondoorzichtigheid van een prijswijzigingsbeding door beschermingsmechanismen ten gunste van de consument kan worden gecompenseerd, namelijk doordat een prijsverhoging tijdig moet worden aangekondigd en de consument het recht moet hebben om de prijsverhoging door een rechter te laten toetsen alsmede de overeenkomst op te zeggen.

i) Opzeggingsmogelijkheid

81. De verwijzende rechter is op grond van artikel 3, leden 1 en 3, van richtlijn 93/13 juncto de punten 1, sub j, en 2, sub b, van de bijlage van mening dat een schending van de transparantieplicht door een opzeggingsmogelijkheid van de consument zou kunnen worden gecompenseerd.

57 — Van Gool, R., t.a.p., blz. 199, en Aubert de Vincelles, C., „Anmerkung zum Urteil Pénzügyi Líving, C-137/08", in: *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, blz. 632.

82. Punt 1, sub j, van de bijlage bij artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13 noemt als een factor waardoor een beding in een overeenkomst waarover niet is onderhandeld, als oneerlijk kan worden aangemerkt, dat een verkoper contractuele bedingen eenzijdig en zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden kan wijzigen, waarbij de mogelijkheid tot opzegging niet wordt vermeld. Aangezien de energieleverancier in § 4 AVBGasV geen redenen voor een prijswijziging noemt, kan uit deze bepaling geen compensatiemogelijkheid worden afgeleid.

83. Dit is anders in het geval van punt 2, sub b, tweede zin, van de bijlage bij artikel 3 van richtlijn 93/13, dat de bepalingen van punt 1, sub j, in zoverre beperkt dat bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd een wijzigingsrecht van de verkoper wordt aanvaard mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst op te zeggen.

84. Onlangs heeft het Hof in het arrest Invitel echter vastgesteld dat een contractueel beding dat voorziet in een wijziging van de totale kosten van de overeenkomst, in de regel alleen aan de vereisten van punt 1, sub j, alsmede punt 2, sub b, voldoet, als de reden waarom of de wijze waarop de genoemde kosten worden aangepast, wordt aangegeven, waarbij de consument tevens het recht heeft om de overeenkomst te beëindigen.[58] Dit uitgangspunt geldt volgens de uitdrukkelijke vaststelling van het Hof zonder uitzondering, dus ook niet voor overeenkomsten voor onbepaalde tijd in de zin van punt 2, sub b, tweede zin, van de bijlage bij artikel 3 van richtlijn 93/13. Om die reden kan er niet vanuit worden gegaan dat een eventuele schending van de transparantieplicht kan worden gecompenseerd door de mogelijkheid de overeenkomst op te zeggen. Door deze bepaling heeft de wetgever slechts rekening gehouden met het te beschermen belang van de verkoper, van wie, juist ook bij duurovereenkomsten, niet kan worden verlangd om voor onbepaalde tijd vast te houden aan op een gegeven moment vastgelegde contractuele bedingen. Het eveneens te beschermen belang van de consument ten aanzien van deze wijzigingen wordt gewaarborgd door de verplichting van de verkoper om wijzigingen tijdig bekend te maken en door de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst op te zeggen. Met name door de verplichting van de verkoper tot tijdige bekendmaking beschikt de consument over een redelijke bedenktijd waarbinnen hij – onder meer door andere aanbiedingen te vergelijken – kan beslissen of hij de bestaande overeenkomst onder de gewijzigde voorwaarden wil voortzetten of dat hij een overeenkomst met een andere partij wil sluiten.

85. Volgens het doel en de strekking van de uitzondering in de tweede zin van punt 2, sub b, van de bijlage is bovendien vereist dat de consument niet slechts een formeel opzeggingsrecht heeft, maar ook dat dit – na een redelijke bedenktijd – feitelijk kan worden uitgeoefend. Want volgens de boven beschreven belangenafweging kan de mogelijkheid van een eenzijdige prijsverhoging door de gebruiker van een beding slechts worden gerechtvaardigd door een redelijke bescherming van de consument door middel van de mogelijkheid om de overeenkomst gezien deze gewijzigde omstandigheden niet voort te zetten. Uit de uiteenzetting van de verwijzende rechter kan echter worden afgeleid dat een dergelijke feitelijke opzeggingsmogelijkheid ontbrak, net als een verplichting van de verkoper om de prijsverhoging zo tijdig bekend te maken dat de consument mogelijke alternatieven in overweging kon nemen. Veeleer was de liberalisering van de markt voor aardgas nog niet voldoende gevorderd zodat er geen andere gasleverancier was die in plaats van verweerster aardgas aan de consument had kunnen leveren. Ook werden de prijsverhogingen volgens de bepalingen van de AVBGasV na hun bekendmaking meteen van kracht, waardoor het niet alleen ontbrak aan de in de richtlijn voorziene bedenktijd van de consument, maar ook aan de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen voordat de prijsverhogingen, zelfs al voor een korte periode tot de eventuele opzegging, konden worden doorberekend.

58 — Arrest Invitel (aangehaald in voetnoot 51, punt 24); in die zin ook Rochfeld, J., „Clauses abusives, Liste réglémentaire noire et grise", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, blz. 383.

86. Uit het feit dat de verkoper bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd ook zonder geldige reden een recht tot wijziging heeft, kan derhalve mijns inziens niet worden afgeleid dat het niet nadelig is als een wijziging van de overeenkomst – zoals een prijsverhoging – wordt gebaseerd op een beding dat inbreuk maakt op de transparantieplicht. Veeleer gaat het hierbij om twee van elkaar te onderscheiden situaties: het recht tot wijziging bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd – inzonderheid ook het recht om reeds overeengekomen prijzen te verhogen – veronderstelt dat er sprake is van een reeds bestaande overeenkomst en moet ervoor zorgen dat de overeenkomst wordt aangepast aan gewijzigde omstandigheden die door tijdsverloop zijn opgetreden. Daar staat tegenover dat de transparantieplicht met name ook betrekking heeft op de keuzevrijheid van de consument voor wie volgens bovenstaande uiteenzetting het gebruik van diensten en de koop van goederen in andere lidstaten mogelijk moet worden gemaakt door hem te beschermen tegen misbruik, om op deze manier geleidelijk een gemeenschappelijke interne markt tot stand te brengen. Derhalve is de transparantieplicht met name aan de orde op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Want in de regel zal de consument juist bedingen inzake wijziging van een overeenkomst nauwkeurig verifiëren om zich zodoende een beeld te verschaffen van de kwaliteit van de verschillende aanbiedingen. Tegen deze achtergrond kan ook de bijzondere bepaling inzake overeenkomsten voor onbepaalde tijd in de bijlage bij richtlijn 93/13 onder punt 2, sub b, tweede zin, worden verklaard: indien bij vaststelling van de betrokken richtlijn slechts in het geval van overeenkomsten voor onbepaalde tijd en alleen onder de daar genoemde verdere voorwaarden een wijziging van de overeenkomst toelaatbaar werd geacht, blijkt daaruit omgekeerd dat een dergelijke handelwijze bij andere typen overeenkomsten niet toelaatbaar is. Dit strookt met de vaststellingen van het Hof in de zaak Invitel, waar het uitdrukkelijk heeft bepaald dat de consument over de mogelijkheid moet beschikken om de met de te verstrekken dienst verbonden kosten te voorzien.[59]

87. Derhalve moet worden vastgesteld dat een ondoorzichtig beding ook dan onder de lijst van de bijlage bij artikel 3, lid 3, valt, indien de consument een opzeggingsrecht heeft.

ii) Mogelijkheid van rechterlijke toetsing

88. Evenmin kan een schending van de transparantieplicht, inzonderheid een ondoorzichtig prijswijzigingsbeding, worden gecompenseerd doordat het nationale recht de consument de mogelijkheid biedt om de prijsverhoging door een rechter te laten toetsen. Dit zou in strijd zijn met de gemaakte afweging in artikel 5 van richtlijn 93/13, dat bepaalt dat onduidelijkheden ten laste van de gebruiker van een beding komen. In dit geval zou de consument het risico van een proces met een voor hem onduidelijke uitkomst en niet in te schatten kosten moeten dragen. Een effectieve bescherming van de consument kan evenwel alleen worden gewaarborgd, doordat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan de hand van de contractuele voorwaarden zelf te bezien of een prijsverhoging gerechtvaardigd is.

iii) Slotbeschouwing

89. Bovenstaande uitlegging betekent niet dat de verkoper geen rechten meer heeft. In het geval van een overeenkomst voor onbepaalde tijd heeft hij veeleer nog steeds de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen. Het is weliswaar juist dat hij eventueel gedurende de opzeggingstermijnen en het voortduren van de overeenkomst de voor hem – bijvoorbeeld ten gevolge van een kostenstijging bij zijn leveranciers – ontstane prijsverhogingen zelf moet financieren. Dit is echter een risico dat hij op grond van de bepalingen van richtlijn 93/13 zelf moet dragen. Dit lijkt niet onredelijk, met name omdat hij dit gevolg door het gebruik van ondoorzichtige algemene voorwaarden zelf heeft veroorzaakt.

59 — Arrest Invitel, aangehaald in voetnoot 51, punt 28; ook Vigneron-Maggio-Aprile, S., t.a.p. (voetnoot 35), blz. 158, wijst er nadrukkelijk op dat de gelegenheid tot voorafgaande controle en vergelijking noodzakelijk is.

90. Niet van belang is in dit verband met name de overweging in de verwijzingsbeschikking, dat de AVBGasV reeds bij vaststelling van de richtlijn bekend was. Om die reden zou ervan uit moeten worden gegaan dat deze onverminderd zou blijven bestaan.[60] In dit verband mag niet worden vergeten dat op het moment van de inwerkingtreding van richtlijn 93/13 maar weinig lidstaten, zoals bijvoorbeeld Duitsland, Nederland en Portugal, reeds beschikten over gedetailleerde wettelijke regelingen inzake oneerlijke bedingen, andere daarentegen, zoals Ierland, Italië of België bijvoorbeeld, geen of slechts beperkte regelingen hadden, en dat het om die reden duidelijk was dat in de nationale wetgeving van de lidstaten op grond van richtlijn 93/13 voor een deel omvangrijke wijzigingen noodzakelijk waren.[61]

91. Als tussenconclusie kan derhalve worden vastgesteld dat een schending van de in artikel 5 van richtlijn 93/13 vastgelegde transparantieplicht niet wordt verholpen doordat de klant tijdig op de hoogte wordt gebracht van een op grond van een ondoorzichtig beding doorgevoerde prijsverhoging of hem de gelegenheid wordt geboden deze verhoging door een rechter te laten toetsen en/of hem een opzeggingsrecht wordt verleend; dit geldt ook als het om overeenkomsten voor onbepaalde tijd gaat.

5. Toetsing van het litigieuze prijswijzigingsbeding met inachtneming van de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55, in het bijzonder gelet op bijlage A

92. Het bovenstaand geldt mede voor de transparantieplicht van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55.

93. Hier wordt door de formulering in bijlage A, sub a, laatste alinea, erop gewezen dat de contractuele voorwaarden niet alleen eerlijk, maar ook vooraf bekend moeten zijn. Daardoor wordt – net als in het geval van richtlijn 93/13 – rekening gehouden met het feit dat een liberale en voor de mededinging geopende interne markt voor gas een objectieve vergelijking van aanbiedingen reeds voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst veronderstelt, zoals ook blijkt uit de voor huishoudelijke afnemers geldende bepalingen onder punt d. Volgens het bepaalde in punt c van de bijlage moet in het bijzonder ook reeds op dat moment transparante informatie over geldende prijzen en tarieven worden verstrekt.

94. Punt b van bijlage A omvat daarentegen ook de onder de bijlage bij artikel 3, punt 2, sub b, van richtlijn 93/13 vallende overeenkomsten voor onbepaalde tijd, die bij de levering van gas de regel zijn. Het lijkt gezien dit door de wetgever gemaakte onderscheid nog minder geoorloofd dan in het kader van richtlijn 93/13 om inbreuken op de transparantieplicht, inzonderheid in het kader van het prijswijzigingsrecht, te compenseren door een opzeggingsmogelijkheid voor de klant respectievelijk de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. In zoverre refereer ik vooralsnog, om herhalingen te voorkomen, aan mijn opmerkingen met betrekking tot de draagwijdte van de transparantieplicht van richtlijn 93/13.[62]

95. In het bijzonder is echter vereist dat juist in het kader van de werkingssfeer van bijlage A, sub b, een feitelijke opzeggingsmogelijkheid bestaat, met tegelijkertijd de mogelijkheid om gas van een andere, eventueel goedkopere aanbieder te betrekken. In dit verband moet vooral artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 in acht worden genomen, dat de lidstaten verplicht om maatregelen te nemen ter voorkoming van een uitsluiting van klanten van de gasvoorziening. Een dergelijke uitsluiting zou echter optreden, wanneer men klanten in het geval van een prijsverhoging zou wijzen op een feitelijk niet

60 — Zie aldaar, punt 30.

61 — Zie het verslag van de Commissie COM(2000) 248 def., aangehaald in voetnoot 23, hoofdstuk IV – Aanvullende opmerkingen, punt a.

62 — Zie punten 69 en 70 van de conclusie.

bestaande opzeggingsmogelijkheid respectievelijk een feitelijk niet mogelijke verandering van aanbieder. In dat geval zou het een leverancier juist vrijstaan om prijsverhogingen door te voeren die de klant niet kan laten toetsen, maar waar deze niets tegenover kan stellen omdat er geen mogelijkheid bestaat om ergens anders aardgas te betrekken.

96. Gezien het bovenstaande blijkt dat ook een schending van de in artikel 3, lid 3, van richtlijn 2003/55 vastgelegde transparantieplicht niet wordt gecompenseerd of opgeheven doordat de klant tijdig in kennis wordt gesteld van een op grond van een ondoorzichtig beding doorgevoerde prijsverhoging of doordat hem de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing van deze verhoging en/of een opzeggings- of herroepingsrecht wordt verleend.

6. Samenvatting

97. Derhalve geef ik het Hof in overweging om de tweede prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat schendingen van de in artikel 5 van richtlijn 93/13 en artikel 3, lid 3, juncto bijlage A bij richtlijn 2003/55 vastgelegde transparantieplicht noch door een tijdige kennisgeving door de verkoper noch door een opzeggingsmogelijkheid voor de consument of de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing kunnen worden gecompenseerd.

C – *Mogelijke beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest*

98. Ten slotte wil ik ingaan op de suggestie van verweerster alsmede van de Duitse regering om de gevolgen van het arrest te beperken, volgens verweerster tot een periode van 20 maanden na de uitspraak, volgens de Duitse regering tot na de uitspraak tot stand gekomen overeenkomsten.

99. In zoverre wil ik erop wijzen dat het Hof in zijn arrest van 6 maart 2007 in de zaak Meilicke e.a. zijn vaste rechtspraak heeft bevestigd volgens welke zijn prejudiciële arresten terugwerkende kracht hebben tot de inwerkingtreding van de uit te leggen gemeenschapsrechtelijke bepaling, aangezien door de uitlegging door het Hof de betekenis en de strekking van die bepaling worden gepreciseerd, zoals deze sinds het tijdstip van haar inwerkingtreding had moeten worden verstaan en toegepast. Verder heeft het Hof er in dit arrest nogmaals op gewezen dat de beperkingen van deze gevolgen in de tijd slechts bij wijze van uitzondering uit het gezichtspunt van de algemene rechtszekerheid toelaatbaar kunnen zijn, wanneer te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen anders opnieuw aan de orde zouden worden gesteld. [63]

100. Onder welke voorwaarden een dergelijke beperking gerechtvaardigd zou kunnen zijn, blijkt uit de eerdere rechtspraak van het Hof, volgens welke een dergelijke beperking alleen toelaatbaar is, als is voldaan aan twee essentiële criteria, namelijk goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen. [64] Beide criteria zijn in casu mijns inziens niet vervuld. In dit verband mag niet uit het oog worden verloren dat verweerster een particuliere onderneming is, ook al wordt een aanzienlijk deel van de aandelen in de onderneming gehouden door de overheid. Reeds om die reden zijn ernstige verstoringen zoals boven bedoeld niet aan de orde. Dit geldt temeer omdat de AVBGasV tussentijds is vervangen door andere wettelijke regelingen waardoor ook daarom geen behoefte bestaat aan een beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest; veeleer zou dit arrest daardoor daadwerkelijk volledig zonder gevolg blijven. Bovendien is ook niet duidelijk in hoeverre beide contractpartijen hun overeenkomst te goeder trouw met betrekking tot het prijsverhogingsrecht

63 — Arrest van 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punten 34 e.v.).

64 — Arresten van 28 september 1994, Vroege (C-57/93, Jurispr. blz. I-4541, punt 21); 12 oktober 2000, Cooke (C-372/98, Jurispr. blz. I-8683, punt 42); 10 januari 2006, Skov en Bilka (C-402/03, Jurispr. blz. I-199, punt 51); 30 maart 2006, Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, Jurispr. blz. I-3039, punt 55); 5 oktober 2006, Nádasdi (C-290/05 en C-333/05, Jurispr. blz. I-10115, punt 63), en 18 januari 2007, Brzeziński (C-313/05, Jurispr. blz. I-513, punt 56).

hebben vormgegeven. Het kan zo zijn dat verweerster erop heeft vertrouwd prijsverhogingen ook zonder specifieke contractuele afspraken te kunnen doorvoeren. Gezien het boven nader toegelichte voorschrift van artikel 5 van richtlijn 93/13 om bij onduidelijkheden te kiezen voor de voor de consument meest gunstige uitlegging [65], zal dit vertrouwen evenwel geen bescherming verdienen.

101. Een beperking van de gevolgen van het arrest is derhalve niet aan de orde.

VII – Conclusie

102. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door het Bundesgerichtshof gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten dient aldus te worden uitgelegd dat als ‚dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen' in de zin van deze bepaling alleen die bepalingen zijn te beschouwen die volgens de wet betrekking hebben op de kring van overeenkomstsluitende partijen en het door hen beoogde type overeenkomst, waarbij het niet uitmaakt of deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dwingend van aard zijn of dat de partijen daarvan kunnen afwijken.

2) De transparantieplicht van de artikelen 3 en 5 van richtlijn 93/13 juncto punt 1, sub j, en punt 2, sub b, tweede zin, van de bijlage bij artikel 3, lid 3, van deze richtlijn alsmede artikel 3, lid 3, juncto bijlage A, sub b en/of c, van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG, wordt eveneens geschonden wanneer gewaarborgd is dat een gasleverancier zijn klanten redelijke tijd vooraf in kennis stelt van iedere prijsverhoging en de klant het recht heeft de overeenkomst op te zeggen indien hij de hem meegedeelde gewijzigde voorwaarden niet wenst te aanvaarden."

65 — Zie punten 80 en 81 van deze conclusie.