

Algemene voorwaarden

Monografieën BW

Losdelig handboek over het burgerlijk recht

onder redactie van:

Prof. mr. I. Giesen

Hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht

en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Hartlief

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht

Prof. dr. V. Mak

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht Universiteit van Tilburg

Prof. mr. A.C. van Schaick

Advocaat te Tilburg, hoogleraar privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Oud-redactieleden:

Prof. mr. C.J.H. Brunner †

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Mr. P. Neleman

Mr. M.J.P. Verburgh †

Prof. mr. J.B.M. Vranken

De deeltjes van het 'losdelig' handboek Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het (nieuwe) burgerlijk recht. Die volledigheid en onderlinge samenhang worden bewerkstelligd en bewaakt door de redactie van de reeks. Dit handboek blijft actueel doordat elk deeltje afzonderlijk herdrukt wordt zodra belangrijke nieuwe ontwikkelingen in het rechtsgebied in kwestie dit noodzakelijk maken. Behalve door deze opzet onderscheidt dit 'losdelig' handboek zich ook door zijn inhoud van andere series en handboeken over het (nieuwe) burgerlijk recht. Waar mogelijk wordt getracht door het verschaffen van kwantitatieve, sociaaleconomische en rechtssociologische gegevens inzicht te geven in de maatschappelijke betekenis van het beschreven complex van rechtsregels.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan rechtsvergelijking, voornamelijk om reliëf en perspectief aan het eigen recht te geven, maar ook om de lezer die in het buitenlandse recht als zodanig geïnteresseerd is met zijn naspeuringen op weg te helpen.

MONOGRAFIEËN BW

B55 Algemene voorwaarden

Prof.mr. Jac. Hijma

Vierde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Citeerwijze:

VERKORT: Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016/[nummer]

VOLLEDIG: Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW nr. B55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 135299 8

978 90 13 13530 5 (E-book)

NUR 822-203, 822-206

© Wolters Kluwer BV, 2016

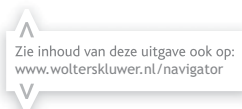
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

WOORD VOORAF

Bij de eerste druk

In dit deel in de serie Monografieën Nieuw BW staat afdeling 6.5.3 (Algemene voorwaarden) van het Burgerlijk Wetboek centraal. Daarnaast is, met name in de hoofdstukken 3 en 6, aandacht besteed aan enkele algemene leerstukken die voor de materie van eminent gewicht zijn: totstandkoming, uitleg en nulliteiten. Bij de bespreking van afdeling 6.5.3 zelf moest terughoudendheid worden betracht ten aanzien van de op de 'lijsten' van de art. 6:236-238 opgesomde bedingen.

Het onderzoek van rechtspraak en literatuur werd medio september 1996 afgesloten; met nadien verschenen materiaal kon nog slechts incidenteel rekening worden gehouden. Overigens is ook bij de verwijzing naar het – zeer vele – voordien verschenen materiaal fors geselecteerd.

Zoeterwoude, oktober 1996

Jac. Hijma

Bij de vierde druk

Sinds de verschijning van de derde druk van deze monografie (2010) hebben zich op het terrein van de algemene voorwaarden vele ontwikkelingen voorgedaan. De wetgever schaaftde enkele artikelen bij, het Europese Hof van Justitie deed een serie belangrijke prejudiciële uitspraken, de Hoge Raad wees richtinggevende arresten, en ook de feitenrechter en de juridische schrijvers waren productief. Een en ander heeft ertoe geleid dat de tekst van dit boekje vrij intensief is bewerkt. Op diverse plaatsen zijn nieuwe nummers ingebracht (22a, 25a, 28a, 41b, 44b), terwijl één nummer kon vervallen (8b).

Het bronnenonderzoek is afgesloten op 1 juli 2016.

Zoeterwoude, juli 2016

Jac. Hijma

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / X

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Algemene inleiding / 1
- 2 Oud recht; controle via algemene leerstukken / 1
- 3 Afdeling 6.5.3 BW en haar doelstellingen / 2
- 4 Toepassingsterrein / 3
- 5 Dwingend recht / 4
- 6 Internationaal privaatrecht / 5
- 7 Overgangsrecht / 6
- 8 Richtlijn 93/13/EEG / 6
- 8a Verdere Europese ontwikkelingen / 8
- 9 Rechtsvergelijkende notities / 9
- 10 Maatschappelijke betekenis / 11

HOOFDSTUK 2

Begripsbepalingen / 13

- 11 Begrip algemene voorwaarden / 13
- 12 Eén of meer bedingen / 13
- 13 Bestemmingscriterium / 14
- 14 Uitzondering voor kernbedingen / 16
- 15 Bedingen waarover is onderhandeld / 18
- 16 Begrip gebruiker / 19
- 17 Begrip wederpartij / 20
- 18 Modellen van derden / 20

HOOFDSTUK 3

Totstandkoming en uitleg / 23

- 19 Aanbod (en aanvaarding) / 23
- 20 Aanvaarding van complex / 24
- 21 Nagekomen verwijzingen / 25

- 22 Battle of forms / 27
- 22a Meervoudige verwijzing; doorverwijzing / 29
- 23 Uitleg; algemeen / 30
- 23a Uitleg contra proferentem / 31

HOOFDSTUK 4

Onredelijk bezwarende bedingen / 33

- 24 Vernietigingsgronden; plan van behandeling / 33
- 25 Onredelijk bezwarend; algemeen / 33
- 25a Vervolg; consumentenovereenkomsten / 35
- 26 Open norm; gezichtspunten / 36
- 27 Verhouding tot art. 6:248 lid 2 BW / 37
- 28 Het lijstenstelsel / 39
- 28a De richtlijnlijst / 41
- 29 Handelen als consument / 41
- 30 Pluriform handelen / 43
- 31 Reflexwerking; algemeen / 43
- 32 Reflexwerking; casuïstiek / 45
- 33 Inhoud van de lijsten / 47
- 33a Duidelijk en begrijpelijk / 49
- 34 Bescherming beknelde tussenschakel / 50

HOOFDSTUK 5

Informatieplicht / 53

- 35 De informatieplicht; inleiding / 53
- 36 Basisnorm en wettelijke uitwerking / 55
- 37 Uitgangspunt; terhandstelling / 56
- 37a Moment van terhandstelling / 57
- 38 Terhandstelling niet nodig; bekendheid / 58
- 39 Terhandstelling niet mogelijk / 60
- 40 Toezending op verzoek / 61
- 41 Toezending kan niet gevegd / 62
- 41a Elektronische terbeschikkingstelling / 63
- 41b Afzonderlijk regime voor dienstverrichters / 65
- 42 Ontoegankelijke voorwaarden / 66
- 43 Bewijslast / 67

HOOFDSTUK 6

Inroeping vernietigbaarheid / 71

- 44 De vernietigbaarheidssanctie / 71
- 44a Ambtshalve toetsing bij consumentenovereenkomsten (1) / 72
- 44b Ambtshalve toetsing bij consumentenovereenkomsten (2) / 75
- 45 Begrenzing vernietigingsbevoegdheid / 76

46	Conversie; reductie / 78
47	Voortbestaan restantovereenkomst / 80
48	Nietigheidsregulerende bedingen / 81
49	Uitsluiting grote wederpartijen / 82
50	Uitsluiting wederpartij-zelf-gebruiker / 84
51	Inroeping door gebruiker zelf / 85
52	Relatie met andere rechtsmiddelen / 86

HOOFDSTUK 7

Collectieve actie / 89

53	Karakteristiek / 89
54	Rechtsvordering(en) / 90
55	Bevoegde rechter / 92
56	Gedaagde / 92
57	Eiser; ontvankelijkheid / 93
58	Toetsingskader / 95
59	Het declaratoir; modaliteiten / 96
60	Betekenis voor gewone rechter; vernietigbaarheid / 97
61	Relatie met art. 3:305a-305c BW / 99

BIJLAGE

Richtlijn 93/13/EEG / 101

Artikelenregister / 107

Jurisprudentieregister / 111

Trefwoordenregister / 117

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Hartkamp 3-I 2015

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 3, Vermogensrecht algemeen, Deel I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht, derde druk, door A.S. Hartkamp, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6, Verbintenissenrecht, Deel III, Algemeen overeenkomstenrecht, veertiende druk, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2014.

Asser-Hijma 7-I* 2013

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 7, Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop en ruil, achtste druk, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2013.

Asser-Houben 7-X 2015

Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 7, Bijzondere overeenkomsten, Deel X, Onbenoemde overeenkomsten, door I.S.J. Houben, Deventer: Kluwer 2015.

Von Bar & Clive 2009

C. von Bar & E. Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich: Sellier 2009.

Barendrecht 1991

J.M. Barendrecht, 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder het Nieuw BW: een nieuw regime', in: A.G. Castermans e.a. (red.), Practicum Nieuw BW, BW-krant jaarboek 1991, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 105–116.

CISG-AC, Opinion 13

CISG Advisory Council, Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG (online), www.cisgac.com, 2013.

Contractenrecht

A.R. Bloembergen en W.M. Kleijn (red.), Contractenrecht, Deventer: Kluwer (losbladig) 1972-1992.

GS Overgangsrecht

B. Wessels (red.), Groene Serie Overgangsrecht, Deventer: Kluwer (losbladig) 1991-2011.

GS Verbintenissenrecht

E.H. Hondius, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), Groene Serie Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer (losbladig en online) 1991-heden.

GS Vermogensrecht

Jac. Hijma (red.), Groene Serie Vermogensrecht, Deventer: Kluwer (losbladig en online) 1991-heden.

Hartkamp c.s. 2014

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M.H. Wissink (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Delen I en II, Deventer: Kluwer 2014.

Heisterkamp 1994

A.H.T. Heisterkamp, 'Vernietigbaarheid en billijkheid bij algemene voorwaarden', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), CJHB, Brunner-Bundel, Deventer: Kluwer 1994, p. 163-171.

Hijma 1988

Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Hondius 1978

E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Hondius 1987

E.H. Hondius, Unfair Terms in Consumer Contracts, Utrecht: Molengraaff Instituut 1987.

Jongeneel 1991

R.H.C. Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz (diss. VU), Deventer: Kluwer 1991.

Lando & Beale 2000

O. Lando & H. Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I-II, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 2000.

Loos 2013

M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, tweede druk, Den Haag: Boom 2013.

Mölenberg 1995

L.J.H. Mölenberg, Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden (diss. Limburg), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Parl. Gesch.

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Boek 6 (1981); Invoering Boek 6 (1990); Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 (1991); Overgangsrecht (1991); Wijziging Rv. (1992); Deventer: Kluwer.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht, De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

Sandee 1995

F.J. Sandee, Algemene voorwaarden en Fabrikatenkoop (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Schelhaas 2011

H.N. Schelhaas, Algemene voorwaarden in handelstransacties (Studiekring Offerhaus, nieuwe reeks nr. 13), Deventer: Kluwer 2011.

SER 2009/05

Sociaal-Economische Raad, Consumentenrechten in de interne markt, Advies 2009, nr. 5, Den Haag: SER 2009.

Stelplicht & Bewijslast 2016

R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), Stelplicht & Bewijslast, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Verhoeven 1989

M.A.L. Verhoeven, Algemene voorwaarden getoetst, Deventer: Kluwer 1989.

Van Wechem 2007

T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2010.

Wolf/Lindacher/Pfeiffer 2013

M. Wolf, W.F. Lindacher & Th. Pfeiffer (Herausg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. Auflage, München: C.H. Beck 2013.

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Algemene inleiding

In een ontwikkelde en geordende maatschappij, waarin de (gebondenheid aan de) overeenkomst en de daaraan te ontleen rechtszekerheid een centrale plaats innemen, is standaardisering van contractuele afspraken een voor de hand liggend verschijnsel. Partijen besparen zichzelf de heruitvinding van het wiel door aan te sluiten bij bepaalde gereedliggende structuren, die tevoren reeds verhoudingen als de hunne hebben beheerst en in de toekomst nog andere dergelijke relaties zullen gaan beheersen.

Heeft een standaardisering uit rechtseconomisch oogpunt met name voordelen (besparing van tijd, geld, moeite), vanuit de gezichtshoek van de rechtvaardigheid is zij niet zonder problemen. Dikwijls zullen de in te brengen bedingen eenzijdig door één partij of haar brancheorganisatie zijn opgesteld, hetgeen kan betekenen dat zij aan die partij een aanzienlijk gunstiger positie toebedelen dan aan de wederpartij. Nu bovendien een aangedragen voorwaardencomplex ter gelegenheid van de contractsluiting maar zelden door de ander wordt doorgenomen, is het gevaar van een evenwichtsverstoring niet denkbeeldig.

Zie omtrent deze en dergelijke voor- en nadelen uitvoerig MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1450-1453, 1519; MO I Inv., a.w., p. 1516-1518; Hondius 1978, nr. 141-179; Jongeneel 1991, nr. 12 e.v.

Per saldo kan het verschijnsel van de gestandaardiseerde contractsbedingen ('algemene voorwaarden') positief tegemoet worden getreden, mits er maar een controlemechanisme bestaat dat voldoende bij machte is de potentiële nadelen terzijde te stellen. Dat mechanisme, grotendeels belichaamd in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek, vormt het onderwerp van deze monografie.

2 Oud recht; controle via algemene leerstukken

Het oude recht kende geen specifiek voor standaardclausules geschreven wetgeving. De betuigeling van algemene voorwaarden lag daarmee in handen van de rechter, die gebruik maakte van een aantal algemene leerstukken. Zijn belangrijkste instrumentarium bestond uit de wilsvertrouwensleer, de (on)geoorloofde oorzaak, de contractsuitleg en – vooral – de derogerende werking van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).

- a) *Wilsvertrouwensleer* (art. 1356, 1° (oud)). De rechtspraak ging uit van het principe dat degene die de gelding van standaardvoorwaarden aanvaardt, rechtens elk afzonderlijk beding daarvan accepteert, maar zij achtte op deze regel uitzonderingen denkbaar. In HR 20 november 1981, NJ 1982/517, m.nt. Brunner (*Holleman/De Klerk*) overwoog de Hoge Raad, dat geen gebondenheid zal intreden

aan clausules 'van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet geacht kan worden op de toepasselijkverklaring ook daarvan gericht te zijn geweest'. Deze benadering opende de mogelijkheid om bepaalde ongebruikelijke en bezwarende bedingen van meet af aan buiten de inhoud van de overeenkomst te plaatsen. Vergelijk nr. 20.

- b) *(On)geoorloofde oorzaak* (art. 1373 jo. 1371 (oud)). Op grond van strijd met de openbare orde en/of de goede zeden kon tot de nietigheid (van rechtswege) van een beding worden geconcludeerd. Zo werden bedingen ter uitsluiting van de aansprakelijkheid voor door eigen opzet toegebrachte schade door nietigheid getroffen; zie *Contractenrecht III* (Wuisman), nr. 175. De opkomst van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid heeft deze geldigheidstoetsing in de schaduw gesteld.
- c) *Uitleg*. In rechtspraak en doctrine zijn diverse uitlegmethoden en uitlegregels gehanteerd ter bescherming van degene die zich met de gelding van andermans algemene voorwaarden akkoord had verklaard. Zie het overzicht in *Contractenrecht VII* (Hondius), nr. 204-207. Een voorbeeld vormt de uitleg contra proferentem, besproken in nr. 23a.
- d) *Derogerende werking van de goede trouw* (art. 1374 lid 3 (oud)). Nadat door de arresten HR 19 mei 1967, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*) en HR 20 februari 1976, NJ 1976/486, m.nt. G.J. Scholten (*Pseudovogelpest*) was komen vast te staan dat de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) niet alleen een aanvullende maar ook – in algemene zin – een beperkende werking had, is het accent bij de rechterlijke controle in belangrijke mate op deze toetsingsfase komen te liggen. In talloze procedures betoogde de wederpartij van degene die de algemene voorwaarden had ingebracht, dat de ander een bepaald beding niet te goeder trouw kon invoeren. Gezien de openheid van de norm was de uitkomst afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden. Zie de genoemde arresten, en verder *Contractenrecht VI* (Hondius), nr. 138 e.v. Vergelijk nr. 25-27.

Collectieve actie. Het oude wetboek kende niet de mogelijkheid van een collectieve actie; anticipatie op art. 6:240 BW werd afgewezen in HR 25 april 1986, NJ 1987/742, m.nt. Heemskerk (Consumentenbond/Smilde).

3 Afdeling 6.5.3 BW en haar doelstellingen

De nieuwe wetgever wilde aanvankelijk de bestaande situatie min of meer consolideren, maar heeft bij nader inzien de materie niet meer zo sterk aan de rechter willen overlaten. In de plaats van het oorspronkelijke ontwerpartikel 6.5.1.3 verscheen een geheel nieuwe – zeventien artikelen tellende – afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden). In deze afdeling is niet alleen een op de problematiek toegesneden toetsingsmaatstaf neergelegd (art. 6:233 sub *a* BW), maar is ook – ten faveure van consumenten – een aantal lijsten opgenomen, waarin onereuze en verdachte bedingen worden opgesomd (art. 6:236-238 BW). Tegelijk worden gebruikers van algemene voorwaarden genoopt de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om van de bedingen kennis te nemen (art. 6:233 sub *b* BW en 6:234 BW). Voorts geeft de afdeling regels ter zake van een collectieve actie (art. 6:240-243 BW).

Oorspronkelijk was de afdeling genummerd 6.5.2A. Het zwaardere stempel van de wetgever betekent uiteraard niet dat de rol van de rechter bij de beteugeling der standaardvoorwaarden zou zijn gemarginaliseerd; voor de toepassing van de nieuwe bepalingen blijft het rechterlijk oordeel van cruciaal belang.

In *WPNR 2002/6472* schetst Hondius de lotgevallen van de nieuwe afdeling gedurende de eerste tien jaar van haar bestaan.

Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft afdeling 6.5.3 BW drie oogmerken. In de eerste plaats strekt zij ertoe de rechterlijke controle op het gebruik van algemene voorwaarden te versterken, ter bescherming van degenen jegens wie die voorwaarden worden gebruikt. Ten tweede beoogt de afdeling zo veel mogelijk rechtszekerheid te bieden, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de

(on)geoorloofdheid van hun inhoud. In de derde plaats wil de regeling het overleg tussen (organisaties van) belanghebbenden stimuleren.

Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1455. Het eerste doel wordt met name nagestreefd door de centrale vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen op de voet van art. 6:233 sub a BW, aangevuld met de lijsten van de art. 6:236-238 BW. Het tweede doel krijgt op velerlei wijze gestalte: door de begripsomschrijvingen in art. 6:231 BW, het terugdringen van totstandkomingsdiscussies in art. 6:232 BW (nr. 20), de lijsten van de art. 6:236-238 BW, alsmede door de in art. 6:240 BW e.v. voorziene abstracte toetsing (nr. 53 e.v.). Het derde oogmerk komt tot uitdrukking in de regeling van de collectieve actie; zie nr. 53, 57.

4 Toepassingsterrein

Afdeling 6.5.3 BW is in beginsel toepasselijk op alle obligatoire overeenkomsten (art. 6:213 lid 1 BW), met inbegrip van obligatoire overeenkomsten tussen meer dan twee partijen (art. 6:213 lid 2 BW).

Op specifieke contracttypen c.q. sectoren toegespitste beschouwingen (huur, bankovereenkomst, verzekering enz.) vindt men bij Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, hoofdstukken 22-31. Meer literatuur noemt Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*, Inleiding afd. 6.5.3, aant. 12.1 (algemeen) en 12.2 (specifieke beroepen en bedrijfstakken). Zie voor Duitsland het uitvoerige 'Klausel-ABC' van Wolf/Lindacher/Pfeiffer 2013, 5. Teil, p. 1041-2205.

Zie met betrekking tot meerpactijvenovereenkomsten MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1574, 1651; Wessels & Wissink, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, nr. 1.8. Een bijzondere complicatie (de ene wederpartij handelt niet als consument, de andere wel) komt aan de orde in nr. 30.

De 'uitschakelbepaling' van art. 6:245 BW onttrekt arbeidsovereenkomsten en collectieve arbeidsovereenkomsten aan het bereik van afdeling 6.5.3 BW.

Bij de parlementaire behandeling zijn de in art. 6:245 BW gemaakte uitzonderingen in twijfel getrokken: W II Inv. en EV II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1800-1802. Kritisch ook Lutjens & Wessels, *NJB* 1987, p. 136-137; positief Hondius 1987, p. 242; Jongeneel 1991, nr. 96-97. De minister betoogt dat de toepassing van afdeling 6.5.3 op het arbeidsrecht zich in het bijzonder niet met de wetgeving over de collectieve arbeidsovereenkomst zou verdragen. De individuele arbeidsovereenkomst is mede uitgezonderd vanwege haar samenhang met de figuur van de cao, terwijl gezien haar uitvoerige - goeddeels dwingende - wettelijke regeling (ook) op dit terrein geen behoefte aan toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 bestaat; Nota II Inv., a.w., p. 1802-1804. Deze redengeving lijkt mij steekhoudend. De Duitse wet sloot aanvankelijk de arbeidsovereenkomst eveneens buiten (§ 23 (1) ABGB), maar is daarvan teruggekomen (§ 310 (4) BGB); zie Wolf/Lindacher/Pfeiffer 2013, 4. Teil, ArbR.

Art. 6:245 BW valt niet onder de regimebepaling van art. 6:246 BW (nr. 5). Terecht, nu de aard van art. 6:245 BW het artikel aan de tweedeling dwingend/aanvullend recht onttrekt. De vraag of een wetsbepaling al dan niet dwingend is, laat zich slechts zinvol stellen indien die bepaling in positieve zin iets regelt, niet wanneer zij - zoals art. 6:245 BW - slechts een uitschakeling bevat. Zuiver gesteld luidt de vraag: kunnen partijen rechtsgeldig bepaalde extra vernietigingsgronden overeenkomen, welke niet reeds krachtens de wet op hun verhouding toepasselijk zijn? Zo bezien ligt, buiten art. 6:245 BW om, een ontkennend antwoord in de rede. Zie MvA I Inv., a.w., p. 1815 (wettelijke vernietigingsgronden staan niet ter vrije dispositie van partijen); anders Wessels, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, nr. 20.2. Een aanvullendrechtelijk karakter wordt aangenomen door Slagter, in: Claringbould c.s., *Contracten in de praktijk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 106; vergelijk Jongeneel 1991, nr. 98.

Op andere meerszijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten vinden krachtens art. 6:216 BW de bepalingen van afdeling 6.5.3 BW in beginsel

overeenkomstige toepassing (wettelijke analogie). Daarbuiten blijft de mogelijkheid van een rechterlijke analogie bestaan.

De doorschakeling in art. 6:216 BW naar andere vermogensrechtelijke rechtshandelingen is niet aldus te lezen dat zij betrekking zou hebben op niet-obligatoire algemene voorwaarden; afdeling 6.5.3 is daarop immers al rechtstreeks van toepassing (zie de omschrijving in art. 6:231 sub *a* BW, en ter illustratie de lijsten van de art. 6:236-238 BW). Het belang van de schakelbepaling is hierin gelegen, dat afdeling 6.5.3 overeenkomstige toepassing vindt op algemene voorwaarden die ten aanzien van andersoortige meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten worden ingebracht. Voorbeelden: algemene voorwaarden bij een goederenrechtelijke overeenkomst (bijvoorbeeld hypotheekvoorwaarden, erfpachtvoorwaarden), bij een schuld-of contractsovername (art. 6:155-159 BW) of bij de afstand van een vorderingsrecht (art. 6:160 BW). Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1521; Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 354. De aan het slot van art. 6:216 BW opgenomen clausulering ('voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet') zal op het terrein van de algemene voorwaarden naar mijn gevoel maar zelden van zich doen spreken.

Buiten het door art. 6:216 BW bestreken terrein blijft uiteraard de mogelijkheid van een gewone, incidentele, rechterlijke analogie bestaan. Men kan bijvoorbeeld denken aan een door algemene voorwaarden beheerste rechtshandeling van procesrechtelijke aard. Inzake publiekrechtelijke rechtshandelingen zij verwezen naar Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 231, aant. 19, sub *b*, en de daar genoemde vindplaatsen.

5 Dwingend recht

Krachtens de regimebepaling van art. 6:246 BW, eerste zin, kan van de art. 6:231-244 BW niet worden afgeweken. Voorts kan de bevoegdheid om een beding krachtens afdeling 6.5.3 te vernietigen door een buitengerechtigde verklaring, niet worden uitgesloten (art. 6:246 BW, tweede zin).

Het dwingendrechtelijke regime strekt zich, aldus de eerste zin van art. 6:246 BW, mede uit over eventuele algemene maatregelen van bestuur als bedoeld in art. 6:239 lid 1 BW (bijstelling grijze lijst); nr. 33. Om de buitengerechtigde vernietigingsroute te garanderen was een aparte tweede zin nodig, nu de vernietigingsmethoden niet in afdeling 6.5.3 worden geregeld, maar in titel 3.2 (art. 3:49-51 BW). De art. 6:245 en 6:247 BW zijn buiten het regime van art. 6:246 BW gehouden; zie te dien aanzien resp. nr. 4 en nr. 6. art. 6:232 BW (gebondenheid wederpartij, nr. 20) is wel inbegrepen, al laat een toepassing van art. 6:246 BW met betrekking tot die bepaling zich moeilijk indenken.

Art. 6:246 BW verbiedt niet alleen de algehele uitsluiting van afdeling 6.5.3 en de ecartering van een of meer van haar bepalingen, maar ook andersoortige afspraken die de bescherming van (een deel van) de afdeling verijdelen. De MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1806, noemt in dit verband een beding dat weliswaar de vernietigingsmogelijkheden openlaat, maar aan een eventuele vernietiging een sanctie ten laste van de wederpartij verbindt (ontbinding, schadevergoeding).

De sanctie op overtreding van art. 6:246 BW is normaliter vernietigbaarheid, in te roepen door de wederpartij van de voorwaardengebruiker.

Mede blijkens de MvT Inv., a.w., p. 1805, zijn de woorden 'kan niet' niet letterlijk te nemen, maar dienen zij te worden gelezen in combinatie met de algemene sanctieregels van art. 3:40 lid 2 BW (strijd met dwingende wetsbepaling). Dat artikellid bepaalt onder meer, dat het afwijken van een dwingende wetsbepaling die uitsluitend ter bescherming van één contractspartij strekt, vernietigbaarheid ten gevolge heeft. Afdeling 6.5.3 BW bevat voornamelijk bepalingen die (alleen) de bescherming van de wederpartij van de voorwaardengebruiker op het oog hebben. Vernietigbaarheid, in te roepen door deze wederpartij, is dan de aangewezen sanctie. Zie MvT Inv., a.w., p. 1805, en vergelijk art. 6:233 BW, waarin expliciet voor vernietigbaarheid is gekozen. De keuze voor vernietigbaarheid heeft tot gevolg dat zich een 'stapeling' van vernietigbaarheden kan voordoen. Stel dat een gebruiker in algemene voorwaarden een bepaald

onredelijk bezwarend beding opneemt, terwijl hij bovendien – hetzij in de algemene voorwaarden, hetzij bij individuele afspraak – bedingt dat de wederpartij zich niet op art. 6:233 sub a BW kan beroepen. Strikt genomen zal de wederpartij dan eerst het uitsluitingsbeding moeten vernietigen, teneinde vervolgens het onredelijk bezwarende beding te kunnen aantasten. Maar als zij rechtstreeks de vernietigbaarheid van het bezwarende beding inroept, zal daarin in de praktijk wel steeds mede een (voorafgaand) beroep op de vernietigbaarheid van het uitsluitingsbeding mogen worden gelezen.

Een gering aantal bepalingen van afdeling 6.5.3 is geschreven ter bescherming van de voorwaarden-gebruiker. Ook te dien aanzien ligt als uitgangspunt vernietigbaarheid, nu ten gerieve van de gebruiker, voor de hand. Zie MvT Inv., a.w., p. 1805; Van den Brink, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, nr. 4.2, 4.3. Zo met name bij art. 6:235 lid 2 BW (beroep gebruiker op art. 6:233-234 BW, nr. 51). Maar gezien bewoordingen en aard van art. 6:244 BW (beknelde tussenschakel, nr. 34) lijkt met betrekking tot dat laatste artikel nietigheid meer op haar plaats.

6 Internationaal privaatrecht

Afdeling 6.5.3 BW besluit met een artikel van internationaal-privaatrechtelijke aard, waarin 'scope rules' zijn neergelegd met betrekking tot drie situaties (art. 6:247 BW).

- a) Partijen handelen beide in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en zijn beide in Nederland gevestigd. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, is afdeling 6.5.3 BW toepasselijk (lid 1).
- b) Partijen handelen beide in de uitoefening van een beroep of bedrijf, maar zijn niet beide in Nederland gevestigd. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, blijft afdeling 6.5.3 BW buiten toepassing (lid 2).
- c) De wederpartij van de voorwaardengebruiker is consument (natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) en heeft haar gewone verblijfplaats in Nederland. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, is afdeling 6.5.3 BW toepasselijk (lid 4).

Art. 6:247 lid 3 BW voegt toe dat een partij in Nederland is gevestigd in de zin van de leden 1 en 2, indien haar hoofdvestiging, of, zo de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, deze andere vestiging, zich in Nederland bevindt.

Naar luid van de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1807, zijn de leden 1-3 geschreven om de rechtszekerheid te dienen, alsmede om te voorkomen dat de internationale handel door de algemenevoorwaardenafdeling zou worden belemmerd (lid 2). Lid 4 is toegevoegd om duidelijk te maken dat in de in dit artikellid bedoelde situatie de vraag of de overeenkomst ook met andere landen aanknopingspunten heeft, zonder belang is: indien de consument zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, is afdeling 6.5.3 steeds van toepassing. Zie MvA II Inv., a.w., p. 1810. art. 6:247 BW bevat geen regeling voor de situatie dat de wederpartij consument is maar haar gewone verblijfplaats buiten ons land heeft; in dit type gevallen zal afdeling 6.5.3 alleen van toepassing zijn indien en voor zover dat uit de gewone regels van het internationaal privaatrecht voortvloeit.

In 1991 werd ten onzent het EVO (Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst) van kracht, eind 2009 opgevolgd door Verordening (EG) 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ('Rome I'), *PbEU* 2008, L 177. Zie van deze verordening met name art. 3 (rechtskeuze), art. 4 (toepasselijk recht algemeen) en art. 6 (consumentenovereenkomsten). Tegen de achtergrond van de genoemde internationale regelingen is de zin van art. 6:247 BW twijfelachtig. Het meeste effect heeft lid 2 (jo. lid 3), maar juist over die 'weggeefregel' kan men kritisch denken. De staatscommissie voor het IPR heeft reeds in 1994 de schrapping van het artikel aanbevolen.

Nader over art. 6:247 BW Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/511; Schelhaas 2011, p. 10-12, 41-42; Ziilinsky, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, hoofdstuk 21; Vlas, *Internationaal privaatrecht in de spiegel van het nieuwe BW* (oratie VU), Deventer: Kluwer 1989, p. 6-8; Westenberg, *NJB* 1987, p. 461-466. Over 'Rome I' o.a. *WPNR* 2009/6824 (themanummer); Van Wechem, *Preadvies NVIR* 2008. Een illustratie van art. 6:247 lid 2 BW levert HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0730, *NJ* 2012/318 (*Van Vliet/Dealkent*).

7 Overgangsrecht

Op of na 1 januari 1992 in gebruik genomen algemene voorwaarden worden volledig door afdeling 6.5.3 BW geregeerd. Met betrekking tot algemene voorwaarden die op die datum reeds door een partij in haar overeenkomsten werden gebruikt, is afdeling 6.5.3 BW echter pas met ingang van 1 januari 1993 van toepassing geraakt. Hetzelfde geldt ten aanzien van wijzigingen die gedurende 1992 in zulke voorwaarden zijn aangebracht. Aldus art. 191 lid 1 Overgangswet (Ow) Nieuw BW.

De uitgestelde werking, met een jaar, dient ertoe gebruikers van algemene voorwaarden een zekere tijd te gunnen om hun voorwaarden aan de eisen van de nieuwe wetgeving aan te passen. In een eerder concept was de termijn zelfs drie jaar; O.Inv. en MvT Inv., Parl. Gesch. Overgangsrecht, p. 167. Voor het uitsstel ex art. 191 Ow is niet vereist dat de litigieuze overeenkomst zelf vóór 1 januari 1992 werd gesloten, maar alleen dat de in deze overeenkomst opgenomen algemene voorwaarden reeds – in andere overeenkomsten – vóór die datum werden gehanteerd. Dat eerdere gebruik moet wel door een van de partijen bij de onderwerpelijke overeenkomst zijn geschied ('door een partij'): onvoldoende is dat een of meer anderen de bewuste voorwaarden reeds eerder hebben gebezigd.

Art. 191 lid 2 Ow voegt toe dat nadat het overgangsjaar is verstreken (1 januari 1993) een beding in algemene voorwaarden kan worden vernietigd, en dus – in afwijking van het principe van art. 79 Ow – (van geldig tot) vernietigbaar wordt. De vernietiging werkt niet terug over het tijdvak waarin de nieuwe afdeling nog niet toepasselijk was, tenzij het litigieuze beding toen reeds vernietigbaar of nietig was. Diverse auteurs hebben erop gewezen dat doorvoering van art. 191 lid 2 Ow ten aanzien van de in art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW bedoelde vernietigingsgrond (schending informatieplicht) tot ongerijmde resultaten zou leiden; Hartkamp, *WPNR* 1992/6047; Barendrecht 1991, p. 115-116. Met eerstgenoemde meen ik dat lid 2 restrictief kan en mag worden geïnterpreteerd, in die zin dat de informatieplicht erbuiten valt (hoofregel van art. 79 Ow toepasselijk: er ontstaat geen vernietigbaarheid). Aldus ook Hof 's-Gravenhage 27 januari 2000, *NJ* 2000/743.

Voor een overzicht van verdere literatuur en rechtspraak op het stuk van art. 191 Ow wordt verwezen naar Wessels, in: *GS Overgangsrecht II*, art. 191, aant. 2-3; Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*, Inleiding afd. 6.5.3, aant. 8.

8 Richtlijn 93/13/EEG

Op 5 april 1993 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen Richtlijn 93/13/EEG 'betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten' vastgesteld. Het onderwerp was op de Europese agenda geplaatst om te voorkomen dat de consument zich door verschillen in wetgeving tussen de diverse staten van grensoverschrijdende transacties zou laten weerhouden.

Richtlijn 93/13/EEG (*PbEG* 21 april 1993, L 95/29) is als bijlage achterin deze monografie opgenomen. Haar werkteur is verschilt in zoverre fundamenteel van dat van de Nederlandse afdeling 6.5.3 BW, dat zij tot consumententransacties is beperkt. Maar systeem en inhoud van de richtlijn sluiten nauw bij onze wetgeving aan. Zo wordt een uitzondering gemaakt voor kernbedingen (art. 4), staat een algemene open norm centraal (art. 3-4; unfair, abusive, mißbräuchlich, oneerlijk) die in een niet-uitputtende bedingenlijst wordt uitgewerkt (bijlage), en worden regels gegeven met betrekking tot een collectieve actie (art. 7). De richtlijn heeft een minimumkarakter; zij eist van de lidstaten dat hun nationale wetgeving de consument ten minste de in de richtlijn vervatte bescherming biedt, en wel uiterlijk per 31 december 1994 (art. 1, 8, 10). In het vervolg van het betoog zal, op concrete punten, aan een aantal van de richtlijnbevestigingen nader aandacht worden besteed.

Zie over de richtlijn en haar verhouding tot de nationale wet o.a. Pavillon, in: Hartkamp c.s. 2014, Deel II, p. 233-263; Van Boom & Kottentagen, in: De Ly c.s. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom 2006, p. 133-154; *European Review of Private Law* 1995, p. 173-381 (themanummer);

Jongeneel, TVC 1993, p. 117-130. Meer (binnen- en buitenlandse) bronnen met betrekking tot Richtlijn 93/13/EEG en haar implicaties vindt men in Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*, Inleiding afd. 6.5.3, aant. 10-11.

De richtlijn is geschreven voor 'B2C'-relaties (*business to consumer*).

Richtlijn 93/13/EEG berust – kort gezegd – op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan de verkoper beschikt; zie onder meer HvJ EU 5 december 2013, ECLI:EU:C:2013:790, NJ 2014/261, m.nt. Strikwerda (*Vapenik*), punt 26; HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. Mok (*Banesto*), punt 39. Het gaat dus om een typisch 'B2C'-stelsel; zie de partijomschrijvingen in art. 2 van de richtlijn. Overeenkomsten tussen twee particuliere partijen vallen buiten het bestreken terrein.

De in de richtlijn gebezigde term 'verkoper' moet in niet-technische zin worden verstaan (vgl. de Engelse tekst: 'seller or supplier'); hij verwijst naar 'iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die (...) handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit' (waarbij beroep ook bedrijf omvat). Zie HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487, m.nt. Mok (*Asbeek Brusse c.s.*), punt 27; voor een illustratie HvJ EU 15 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:14, NJ 2015/331, m.nt. Drijber (*Šiba*), punt 24 (contract met advocaat).

De Nederlandse wetgever oordeelde aanvankelijk dat het jonge Burgerlijk Wetboek niet aan deze richtlijn behoefde te worden aangepast, aangezien de verlangde bescherming van de consument ten onzent reeds werd geboden. Na kritiek van de Europese Commissie is alsnog een implementatiewetje ingevoerd, strekkende tot aanvulling van art. 6:231 sub *a* BW en tot toevoeging van een tweede lid aan art. 6:238 BW.

Zie voor deze wet, die op 17 november 1999 in werking trad, *Kamerstukken* 26 470 en *Stb.* 1999, 468. De aangebrachte wijzigingen komen aan de orde in nr. 14 (art. 6:231 sub *a* BW), nr. 23a (art. 6:238 lid 2 BW, tweede zin), nr. 33a (art. 6:238 lid 2 BW, eerste zin) en nr. 58 (art. 6:240 lid 1 BW). Het Europese Hof heeft de Europese Commissie gevolgd in haar opinie dat ons land op deze punten tekortschoot. Zie HvJ EG 10 mei 2001, ECLI:EU:C:2001:257, *Jur.* 2001, 1-3541 (*Commissie/Nederland*), waarover Wissink, *NTBR* 2002, p. 152-156; Smits, *WPNR* 2001/6461. Ook na de ingreep van eind 1999 blijven nog wel wat oneffenheden zichtbaar; zie met name nr. 13. Naar verwachting zullen de plooiën worden gladgestreken door de rechter, die tot richtlijnconforme interpretatie is gehouden (zie hieronder).

Het Europese Hof van Justitie doet, in de vorm van prejudiciële beslissingen, geregeld uitspraken over de uitlegging van de richtlijn.

Zie art. 267 VWEU. Met betrekking tot Richtlijn 93/13/EEG is een forse reeks prejudiciële beslissingen van het Europese Hof voorhanden; zie met name nr. 25a ('oneerlijk') en nr. 44a-44b (ambtshalve toetsing). Over de uitlegging van *nationale* bepalingen, of over de verenigbaarheid daarvan met het unierecht, kan het Europese Hof zich echter niet uitspreken; HvJ EU 27 februari 2014, ECLI:EU:C:2014:101, *RvdW* 2014/683 (*Pohotovost*), punt 60.

De (nationale) rechter moet het (nationale) recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de bewoordingen en het doel van de richtlijn interpreteren.

Het is vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat een richtlijn geen directe horizontale werking heeft: de ene burger kan zich er in een procedure tegen een andere burger niet rechtstreeks op beroepen. Maar uit diezelfde jurisprudentie blijkt wel een indirect effect: de nationale rechters zijn gehouden het nationale recht 'zoveel mogelijk (uit te leggen) in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan art. 189, derde alinea, EEG-Verdrag (...) te voldoen'. Zie inmiddels art. 288, derde alinea, VWEU. Aldus HvJ EG 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (*Océano*) en diverse andere uitspraken van het Europese Hof; op nationaal niveau HR 19 september 1997, NJ 1998/6 (*Assoud/SNS*). Nader Wissink, *Richtlijnconforme*

interpretatie van burgerlijk recht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001; Wissink, in: Hartkamp c.s. 2014, Deel I, p. 119-158; toegespitst op Richtlijn 93/13/EEG voorts Wissink, in: Franke c.s. (red.), *Europees contractenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 155-169; Jongeneel, *WPNR* 1996/6217. De gehoudenheid tot richtlijnconforme interpretatie ziet ook op de nationale regels van procesrecht; HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:340, NJ 2013/486, m.nt. Mok (Jörös), punt 52-53.

Vóór 31 december 1994 gesloten overeenkomsten vallen buiten de temporele reikwijdte van de richtlijn, zodat te dien aanzien het nationale recht niet richtlijnconform behoeft te worden uitgelegd; HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *RvdW* 2016/584 (*Seba c.s./Amsterdam*; erfpachtvoorwaarden), r.o. 5.1.4.

8a Verdere Europese ontwikkelingen

Ook enkele andere Europese richtlijnen hebben, op deelterreinen, tot aanpassing van afdeling 6.5.3 BW geleid.

Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (*PbEG* 1998, L 166) gaf aanleiding tot een lichte bijwerking van de regeling inzake de collectieve actie (art. 6:240 en 6:241 BW), van kracht geworden op 1 januari 2001 (nr. 55, 57). Zie *Kamerstukken* 26 693 en *Stb.* 2000, 178 en 254.

Richtlijn 2000/31/EG betreffende, kort gezegd, de elektronische handel (e-commerce) (*PbEG* 2000, L 178) heeft geleid tot aanpassing van art. 6:231 sub a BW (begripsomschrijving algemene voorwaarden), nr. 12, en art. 6:234 BW (elektronische terbeschikkingstelling), nr. 41a. Deze wijzigingen traden in werking op 30 juni 2004. Zie *Kamerstukken* 28 197 en *Stb.* 2004, 210 en 285.

Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt (Dienstenrichtlijn) (*PbEU* 2006, L 376) heeft geleid tot bijwerking van art. 6:234 BW (informatieplicht); zie nr. 41b. De wijziging trad in werking op 28 december 2009. Zie *Kamerstukken* 31 859 en *Stb.* 2009, 616 en 617. art. 6:234 BW is in verband met deze richtlijn later nogmaals bijgewerkt; zie nr. 41b.

De komst van toezichthoudende instanties heeft de effectiviteit van de consumentenwetgeving van een nieuwe dimensie voorzien. Op het terrein van de (jegens consumenten gebruikte) algemene voorwaarden is met name de Autoriteit Consument en Markt (ACM) als toezichthouder actief.

In verband met Verordening (EG) 2006/2004 is in 2006 de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) in werking getreden. Aanvankelijk kende deze wet een 'dual' stelsel, dat zowel in privaatrechtelijke als in publiekrechtelijke handhaving van de consumentenbeschermende wetgeving voorzag (*Stb.* 2006, 591-592). Medio 2014 is dit duale stelsel vervangen door een uitsluitend publiekrechtelijke wijze van handhaven (Stroomlijningswet, *Stb.* 2014, 247 en 266).

Art. 8.3 Wet handhaving consumentenbescherming verbiedt voorwaardengebruikers om de consument te binden aan een beding dat vernietigbaar is volgens afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden). De handhaving van deze regel is voor het leeuwendeel in handen van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en voor een kleiner deel in die van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Aan overtreders kan een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete worden opgelegd (art. 2.9 resp. 3.4 Wet handhaving consumentenbescherming). De Whc is tot collectieve consumentenbelangen beperkt (art. 1.1 sub f Wet handhaving consumentenbescherming) en ziet dus niet op individuele dossiers.

In 2008 verscheen het voorstel voor een Europese richtlijn betreffende consumentenrechten (on *consumer rights*). De voorgestelde regeling was bestemd om in de plaats te treden van een viertal bestaande richtlijnen, waaronder Richtlijn 93/13/EEG. In het richtlijnvoorstel was een hoofdstuk aan de algemene voorwaarden gewijd (art. 30-39). Omdat men het op dit terrein – mede gezien de beoogde volledige harmonisatie – onvoldoende eens kon worden, is dit hoofdstuk echter geschrapt. In de uiteindelijke *Richtlijn 2011/83/EU* betreffende consumentenrechten (*PbEU* 2011, L 304), die in 2014 in ons Burgerlijk Wetboek is

geïmplementeerd, komt een regeling van de algemene voorwaarden zodoende niet voor. Vooralnog blijft de aloude Richtlijn 93/13/EEG het onderwerp beheersen.

Het richtlijnvoorstel is gepubliceerd als COM(2008) 614 def. (zie www.eur-lex.europa.eu). Afgezien van het oogmerk van volledige harmonisatie (in plaats van minimumharmonisatie), sloot het voorstel vrij dicht aan bij Richtlijn 93/13/EEG. Maar er bestonden zeker verschillen, grotere en kleinere. Te noemen zijn de bijgewerkte omlijning van het toepassingsgebied (art. 30 voorstel), de introductie van een terbeschikking-stellingsplicht (art. 31 voorstel) en de toevoeging van een zwarte en een grijze bedingenlijst (art. 34 en 35 voorstel, uitgewerkt in bijlagen II en III). Over het betrokken hoofdstuk van het richtlijnvoorstel Loos, in: Hesselink & Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: Boom 2009, p. 183-201; Stuyck, in: Howells & Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich: Sellier 2009, p. 115-144. SER-advies, *Consumentenrechten in de interne markt*, SER 2009/05.

In 2011 zag bovendien een voorstel voor een Europese verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (GEKR) het licht. Het ontworpen stelsel, dat slechts van toepassing zou zijn indien partijen bij een grensoverschrijdende overeenkomst ervoor kozen ('optioneel instrument'), kende acht artikelen over algemene voorwaarden. Het voorstel heeft vrij veel kritiek uitgelokt. Eind 2014 is het ingetrokken.

Het GEKR-voorstel is gepubliceerd als COM(2011) 635 def. Hoofdstuk 8 (art. 79-86) was gewijd aan 'oneerlijke voorwaarden van overeenkomsten'. Loos, *NTBR* 2012/24, vergelijkt deze bepalingen met die van het Nederlandse recht; zie ook Klijnsma, *TVC* 2013, p. 106-112. Over het voorstel in algemene zin o.a. Rutgers, *WPNR* 2012/6915; Cauffman, *NTBR* 2012/23; Schulze (ed.), *Common European Sales Law - Commentary*, Munich e.a.: Beck e.a. 2012. Eind 2014 is het voorstel geruisloos ingetrokken: COM(2014) 910 def., Annex II, sub 60; daarover Schelhaas, *NTBR* 2015/34.

In het tweetal opvolgers, dat op de *digital single market* is gericht, is geen regeling van de algemene voorwaarden opgenomen; COM(2015) 634-635 def.

9 Rechtsvergelijkende notities

In rechtsvergelijkend opzicht zijn met name de rechtsstelsels interessant waaraan de Nederlandse wetgever bij het opstellen van afdeling 6.5.3 BW inspiratie heeft ontleend. Daarvan neemt het Duitse de ereplaats in. Met het in 1977 in werking getreden Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vertoont onze wetgeving onmiskenbaar verwantschap, zowel qua reikwijdte en structuur als qua inhoud. In 2002 is deze Duitse wet opgevolgd door een nieuwe afdeling van het Bürgerliches Gesetzbuch (§ 305-310 BGB).

De MvT, Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1454-1455, noemt met recht het Duitse AGBG als eerste van de buitenlandse inspiratiebronnen. Er zijn opvallende overeenkomsten: een algemene open norm; uitwerking daarvan in een tweetal lijsten; de mogelijkheid van een collectieve actie. Ter gelegenheid van de Duitse *Schuldrechtsreform* (2002) is een aantal bijzondere wetten, waaronder het AGBG, in het BGB geïncorporeerd. De regeling van de algemene voorwaarden is, met enkele wijzigingen, overgeheveld naar Buch 2 (Recht der Schuldverhältnisse), Abschnitt 2 (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen): § 305-310 BGB. Deze afdeling kent tien, soms forse, artikelen. De centrale open norm is neergelegd in § 307, de invullende lijsten staan in § 308-309 BGB. Tot de veranderingen ten opzichte van het AGBG behoort de explicitering van het *Transparenzgebot* in § 307 (1), overeenkomstig HvJ EG 10 mei 2001, ECLI:EU:C:2001:257, Jur. 2001, 1-3541 (*Commissie/Nederland*); vergelijk nr. 8. De collectieve actie wordt thans geregeerd door het *Unterlassungsklagengesetz* (UKlaG). Het AGBG en zijn verhouding tot het Nederlandse recht zijn ten onzent uitvoerig geanalyseerd: Jongeneel 1991, passim; Mölenberg 1995,

p. 345 e.v. Verder zij verwezen naar de Duitse handboeken, waarvan te noemen Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht*, München: Beck 2013; Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, Köln: Schmidt 2016.

Behalve op het Duitse recht, heeft de wetgever met name acht geslagen op de rechtsstelsels van Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Oostenrijk; aldus MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1454-1455. De door de wetgever geraadpleegde wetteksten zijn afgedrukt bij Hondius, preadvies *NJV* 1979, p. 206 e.v. Korte beschouwingen te dien aanzien geeft genoemd preadvies, p. 126-140. Uitvoeriger Hondius 1978; zie ook Hondius 1987.

Wat de consumentenovereenkomsten betreft, heeft de implementatie van Richtlijn 93/13/EEG de nationale rechtsstelsels in Europa dicht bij elkaar gebracht.

In Frankrijk is de richtlijn in 1995 overgenomen in de Code de la consommation (art. L132-1 c.a.), met inbegrip van, in een bijlage, de bedingenlijst. Ook in het Verenigd Koninkrijk is de richtlijn, inclusief lijst, in regelgeving omgezet: Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, opgevolgd door de gelijknamige (nog dichter bij de richtlijn aansluitende) Regulations 1999. In België was de richtlijn aanvankelijk geïmplementeerd in de Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (art. 31-36 WHPC (oud)); sinds 2014 is zij verwerkt in het Wetboek van economisch recht (WER) (art. VI.82-87 WER). Zie Demuyne, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, proefschrift Gent 1999-2000; over het WER Terry, *TVC* 2015, p. 141-150.

Een overzicht van de wijzen waarop Richtlijn 93/13/EEG in de verschillende lidstaten is geïmplementeerd biedt Ebers, in: Schulte-Nölke, Twigg-Flesner & Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich: Sellier 2008, p. 197-261.

Het Weense Koopverdrag (CISG) bevat geen specifiek op algemene voorwaarden betrokken bepalingen.

Het Koopverdrag bevat wel een algemene regeling van aanbod en aanvaarding (art. 14-24 CISG). Wanneer het verdrag van toepassing is, wordt de vraag of de wederpartij met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden heeft ingestemd, ingevolge art. 7 lid 2 CISG door die verdragsregeling beheerst (en dus niet door een via het internationaal privaatrecht aangewezen nationaal stelsel). Aldus HR 28 januari 2005, *NJ* 2006/517, m.nt. De Boer (*Vergo/Grootscholten*). In 2013 heeft de CISG Advisory Council een *Opinion* (nr. 13) uitgebracht over de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden onder het Koopverdrag, te vinden op www.cisgac.com. De feitenrechtspraak biedt reeds meerdere voorbeelden van aanknopings bij deze – nuttige – *Opinion*; Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:606, *NJF* 2015/194; Rb. Overijssel 3 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6259, *NJF* 2015/235; Rb. Amsterdam 8 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7, *RCR* 2014/36. Nader over dit onderwerp, ten onzent, Van Wechem 2007, nr. 181-200.

Met ingang van 1994 zagen, in etappes, de Principles of International Commercial Contracts (PICC) het licht, opgesteld door UNIDROIT, het internationale instituut voor unificatie van privaatrecht. In ruwweg dezelfde periode verschenen de Principles of European Contract Law (PECL), geformuleerd door de commissie-Lando. Beide sets 'principles' bevatten enkele bepalingen op het terrein van de algemene voorwaarden.

De tekst van de UNIDROIT Principles (PICC) is, met het begeleidend commentaar, door UNIDROIT zelf uitgegeven (Roma 1994, 2004, 2010). De PICC zien niet op contracten zonder internationale dimensie, terwijl ook consumentenovereenkomsten zijn buitengesloten. De bepalingen inzake de 'standard terms' betreffen respectievelijk het contracteren (art. 2.1.19), verrassende bedingen (art. 2.1.20), strijd tussen een standaard- en een andersoortig beding (art. 2.1.21) en de 'battle of forms' (art. 2.1.22). Verder zij gewezen op hoofdstuk 4, dat over de contractsuitleg handelt, en waarin onder meer de contra proferentem-regel (nr. 23a) is opgenomen (art. 4.6).

In 1995 verscheen het eerste deel van de Principles of European Contract Law (PECL), opgesteld door een commissie van juristen uit de EG-staten onder voorzitterschap van de Deen Lando. Naderhand werden een tweede en een derde deel toegevoegd: Lando & Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part