

# Impressies

## Naar een betere afstemming van de controle van standaardvoorwaarden in een Europees contractenrecht

Mr. O.O. Cherednychenko en prof. mr. F.W. Grosheide

De hedendaagse handel is nauwelijks voorstelbaar zonder het gebruik van zogenoemde standaardvoorwaarden. Het gaat hier om complexen van gestandaardiseerde bedingen, die in het kader van de sluiting van een overeenkomst door de ene partij (de gebruiker) aan de andere partij (de wederpartij) worden voorgelegd teneinde in de tot stand te brengen overeenkomst te worden opgenomen. In de praktijk maakt de wederpartij zich veelal geen zorgen over zulke bedingen en gaat met hun toepasselijkheid akkoord zonder deze te lezen en zich op hun betekenis te bezinnen. Deze wijd verbreide neiging tot 'klakkeloze aanvaarding' van standaardvoorwaarden brengt de gebruiker ervan vaak in de verleiding om in het voorwaardencomplex bedingen op te nemen die de balans tussen partijen drastisch verstoren.

Toen in de tweede helft van de twintigste eeuw het verschijnsel van standaardvoorwaarden een steeds hogere vlucht nam, werd de noodzaak tot enigerlei vorm van controle steeds sterker gevoeld. De opvatting volgens welke zulke bedingen geldig en onaantastbaar zijn op grond van het feit dat de overeenkomst die ze bevat door de wederpartij vrij is aangegaan, wordt tegenwoordig in alle EU-landen verworpen. De ontwikkeling die daartoe leidde, verliep als volgt. In de meeste landen is het aanvankelijk de rechter geweest die zich de belangen van degene jegens wie algemene voorwaarden worden gehanteerd, heeft aangetrokken door middel van het werken met een aantal algemene leerstukken, zoals totstandkoming en uitleg, strijd met de goede zeden, redelijkheid en billijkheid. Later is in alle EU-landen ook specifieke wetgeving aanvaard die in de eerste plaats ertoe strekt de rechterlijke controle op de inhoud van de standaardvoorwaarden te versterken, ter bescherming van consumenten jegens wie de voorwaarden worden gebruikt. De minimumeisen waaraan deze wetgeving moet voldoen, zijn vastgesteld in de EG-richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. 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. Echter, hoewel inmiddels al twaalf jaar zijn voorbijgegaan

sinds het aanvaarden van de EG-richtlijn 93/13, heeft de problematiek der standaardvoorwaarden nog steeds zijn actualiteit niet verloren. Er bestaan namelijk nog steeds wezenlijke verschillen tussen lidstaten in de omvang van de bescherming tegen oneerlijke bedingen in standaardvoorwaarden. De aangegeven stand van zaken heeft sinds een aantal jaren de aandacht van de academische wereld. Dat is recentelijk nog weer eens duidelijk geworden tijdens het jaarlijkse congres van de SECOLA (Society of the European Contract Law, <[www.secola.org](http://www.secola.org)>) gewijd aan het onderwerp 'Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law'. Een van de vragen die op het congres werd aangesneden, was de problematiek van een betere afstemming van de controle van oneerlijke bedingen in standaardvoorwaarden. Daarbij werden enkele benaderingen verdeeld die hier het signaleren waard zijn.

De juridische behandeling van standaardvoorwaarden moet worden gebaseerd op hun economische analyse. Dat is de kern van Hatzis's betoog getiteld 'Criteria for Assessing 'Unfairness' in Consumer Contracts: An Economic Analysis'. Onder eerlijke bedingen begrijpt Hatzis efficiënte bedingen, dat wil zeggen bedingen die de partijen zouden hebben opgenomen in de overeenkomst indien zij met elkaar hadden onderhandeld. Als logisch vervolg beschouwt hij oneerlijke bedingen als *inefficiënte* bedingen, dat wil zeggen bedingen die de partijen in hun overeenkomst niet zouden hebben opgenomen indien ze de mogelijkheid hadden gehad om daarover te onderhandelen. Volgens Hatzis is het onjuist wanneer de rechter de inhoud van bedingen gaat beoordelen aan de hand van kwalificaties als 'fair or unfair, unconscionable or not, efficient or abusive'<sup>1</sup>.

1 A.N. Hatzis, Criteria for Assessing 'Unfairness' in Consumer Contracts: An Economic Analysis, p. 4, <[www.secola.de/vortraege/prague/1-3Hatzis.pdf](http://www.secola.de/vortraege/prague/1-3Hatzis.pdf)>.

‘[I]f terms that the parties would have added to the contract after a negotiation are deemed unfair based on an external fairness criterion and not the welfare of the parties, the result will be distorting for competition and damaging for consumers. Contract law is not the appropriate instrument for distributive justice (the welfare state is) and not the place for enforcing the views of judges on fairness (...). It is an indispensable mechanism for enforcing mutually beneficial agreements and risk allocation’,<sup>2</sup>

aldus Hatzis. In zijn visie moet de rechter in plaats van gebruik te maken van een abstracte eerlijkheidstoets (‘external fairness criterion’), gebruikmaken van economische maatstaven om de markt-omstandigheden te beoordelen waarin een bepaalde transactie tot stand is gekomen. Als er geen *market failure* is geweest en op de markt voldoende concurrentie plaatsvond, zijn de bedingen in standaardvoorwaarden vermoedelijk efficiënt en daarom eerlijk. Wanneer daarentegen sprake is geweest van *market failure* en een van de partijen heeft daarvan geprofiteerd, zullen bepaalde bedingen vermoedelijk inefficiënt, en daarom oneerlijk zijn. Hatzis past deze benadering toe op de EG-richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en komt tot de conclusie dat deze richtlijn een bijzonder goede grond biedt voor het beoordelen van de onredelijkheid van bedingen in standaardvoorwaarden mits de *unfairness* niet gelijk wordt gesteld met de *substantive unconscionability* (een onredelijk bezwarende gedraging),<sup>3</sup> maar met de *market failure*.

Vanuit een totaal ander perspectief wordt de problematiek van standaardvoorwaarden benaderd door Micklitz.<sup>4</sup> Hij ziet een mogelijkheid voor een betere controle van standaardvoorwaarden door gebruik te maken van een doctrine die door het Europese Hof van Justitie in de zaak ‘Cassis de Dijon’ is ontwikkeld (*the Cassis de Dijon*-doctrine). De essentie van deze doctrine is dat lidstaten die door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheden willen beperken, moeten aantonen dat deze beperkingen redelijk (*reasonable*) zijn. Als gevolg van de *Cassis de Dijon* is het volgens Micklitz vanzelfsprekend dat in dergelijke gevallen de ‘bewijslast’ van de redelijkheid van de beperking op de lidstaten ligt. Ze moeten aangeven dat een bepaalde beperking noodzakelijk is voor het bereiken van doelen die door het Hof van Justitie bij zijn uitleg van artikel 30 EG Verdrag als legitiem zijn aangemerkt (de zogenoemde *mandatory requirements*). Micklitz pleit voor een analogische benadering in het geval van standaardvoorwaarden. In zijn optiek moet een partij die de autonomie van een andere partij beperkt door oneerlijke bedingen in het contract op te nemen, aantonen waarom dit redelijk is. Wanneer dit niet lukt, zijn zulke bedingen oneerlijk. Een dergelijke omkering van de bewijslast kan volgens Micklitz dus worden bereikt op grond van de doctrine van de *Cassis de Dijon*.

‘It is the major logic of *Cassis de Dijon* that those which restrict the freedoms are under a legitimacy pressure. This would be in private law matters the user of unfair contract terms. He would then have to justify why the term in question is needed and to explain the socio-economic background of the term. At the present stage of EC law, such a ruling could only be imposed by the correct reading of the unfair terms directive in the light of the *Cassis de Dijon* doctrine. This would mean that a reversal of the burden of ‘proof’ could only be implanted into the national legal systems by way of regulatory action, taken by the European Commission via the European Court of Justice.’<sup>5</sup>

Terwijl zowel Hatzis als Micklitz de problematiek van standaardvoorwaarden voornamelijk vanuit het oogpunt van de rechterlijke controle van oneerlijke bedingen benaderen, heeft Cafaggi daarentegen een pleidooi gehouden voor een meer prominente rol van zelfregulering bij onder andere de controle van de inhoud van standaardvoorwaarden.<sup>6</sup> Daarbij gaat het hem met name om standaardvoorwaarden en *framework contracts* die gezamenlijk zijn opgesteld door verenigingen van ondernemingen en die van consumenten. Cafaggi maakt in dat verband onder andere onderscheid tussen drie contractuele modellen van zelfregulering: standaardvoorwaarden en *framework contracts* kunnen het gevolg zijn van 1) eenzijdige onderhandelingen, waaraan slechts één categorie van partijen (bijvoorbeeld producenten) deelneemt; 2) tweezijdige onderhandelingen, waarbij producenten (of een andere categorie van ondernemingen) en consumenten zijn betrokken; 3) meerzijdige onderhandelingen, waarbij verschillende partijen zijn betrokken. Momenteel zijn eenzijdige onderhandelingen het meest voorkomende model volgens Cafaggi, maar tweezijdige onderhandelingen worden ook steeds populairder. Het komt steeds vaker voor dat verschillende verenigingen van ondernemingen en consumenten onderhandelen met elkaar over de inhoud van *framework contracts* die gebruikt worden in een *business-to-consumer*-verhoudingen. Cafaggi merkt op dat de aanwezigheid van zulke verenigingen en hun betrokkenheid bij onderhandelingen betreffende standaardvoorwaarden of *framework contracts*, invloed kan hebben op de definitie van redelijkheid van bepaalde bedingen. Naar zijn mening is het mogelijk om een specifieke verbinding vast te stellen tussen de *governance* structuur van deze verenigingen, de *accountability* van hun vertegenwoordigers en het vermoeden van redelijkheid van de contractuele bedingen waarover in het proces van onderhandelingen overeenstemming was bereikt.

‘[T]he regulatory function of contract law is not limited to mandatory rules but can be implemented also with enabling rules in the light of new regulatory models’,<sup>7</sup>

2 Hatzis, *ibid.*, p. 9-10.

3 Vgl. art. 2-302 van de Uniform Commercial Code: ‘If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.’

4 H.-W. Micklitz, *Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, <[www.secola.de/vortraege/prague/II-1Micklitz.pdf](http://www.secola.de/vortraege/prague/II-1Micklitz.pdf)>.

5 Micklitz, *ibid.*, p. 16.

6 F. Cafaggi, *Self-Regulation and European Contract Law*, <[www.secola.de/vortraege/prague/II-6Cafaggi.pps](http://www.secola.de/vortraege/prague/II-6Cafaggi.pps)>.

7 F. Cafaggi, *ibid.*, p. 56.

concludeert Cafaggi. Daarnaast wijst hij er echter op dat de toename in de bescherming van collectieve belangen als gevolg van zelfregulering nooit tot de afname in de individuele bescherming van contractuele partijen mag leiden. Dit betekent dat de consument bovendien altijd de beschikking moet hebben over remedies die hij zou hebben gehad indien de onderhandelingen tussen de vereniging van ondernemingen en die van consumenten niet hadden plaatsgevonden. Dat lijkt overigens ook de benadering te zijn van de EG-richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Volgens artikel 3.1 van deze richtlijn is het vermoeden van onredelijkheid niet van toepassing op bedingen waarover afzonderlijk is onderhandeld, maar wel van toepassing in gevallen waarin collectieve onderhandelingen tussen verenigingen van ondernemingen en die van consumenten hebben plaatsgevonden.

Uit het voorgaande valt op te maken dat de discussie over de controle van de inhoud van standaardvoorwaarden in een Europese contractenrecht nog niet afgesloten is. De verklaring daarvoor ligt in het grote belang van dit onderwerp voor het meer algemene

debat over rechtvaardigheid in het huidige contractenrecht. De verschillen in benaderingen omtrent de controle van standaardvoorwaarden weerspiegelen de verschillen van mening die bestaan over de mate van bescherming van de zwakkere partij en de middelen daartoe. Het staat nog te bezien welke kant de ontwikkelingen in een Europees contractenrecht op zullen gaan, nu de Europees Commissie in haar *Action Plan* [2003] overweegt het opstellen van *EU-wide standard contract terms* te bevorderen.

*Mr. O.O. Cherednychenko en prof. mr. F.W. Grosheide*