

Tien jaar nieuw Burgerlijk Wetboek: de regeling van de algemene voorwaarden



Prof. mr. E.H. Hondius *

Een van de belangrijkste vernieuwingen van het nieuwe BW betreft de invoering van een regime voor algemene voorwaarden. Het nieuwe regime bleek niet geheel te sporen met nadien totstandgekomen Europese richtlijnen op het gebied van de consumentenbescherming en is daarom reeds enkele malen gewijzigd. Voorts heeft de rechtspraak er vorm aan gegeven. Dit komt in het bijzonder tot uitdrukking in de strenge wijze waarop de kennisgevingsplicht wordt gehandhaafd, ook tussen ondernemers onderling.

1 Inleiding

Een van de belangrijkste vernieuwingen die het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992¹ heeft gebracht, is de regeling van de algemene voorwaarden. Het bezigen van algemene voorwaarden was en is wijd verbreid. Er wordt echter vrij zelden een beroep op gedaan. Indien dat gebeurt, voelt de wederpartij zich vaak onprettig verrast. Om uitwassen te bestrijden is de rechtspraak zich onder het oude recht van een aantal constructies gaan bedienen: de algemene voorwaarden zijn niet door de wederpartij aanvaard; zij moeten worden uitgelegd ten nadele van de opsteller; een beroep op de voorwaarden mag niet in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid. Deze rechtspraak is als ontoereikend aangemerkt.² Daarom heeft op initiatief van de consumentenorganisaties de wetgever ingegrepen. In het reeds vastgestelde Boek 6, titel 5, is alsnog een afdeling 3 (aanvankelijk afdeling 2A) ingevoegd. Deze regeling beoogt het euvel van de ongeweten bedingen te bestrijden. Zij tracht dit te bewerkstelligen met bepalingen van procedurele en inhoudelijke aard. Van procedurele aard is art. 6:240, dat aan belangenorganisaties een groepsactie toekent. Het doel hiervan is niet dat er veel zal worden geprocedeerd. Veeleer hoopt de wetgever dat deze bepaling partijen naar de onderhandelingstafel zal voeren. Worden langs deze weg tweezijdige algemene voorwaarden tot stand gebracht, dan is er van de aan algemene voorwaarden verbonden nadelen niet zo veel over. Dan prevaleren de voordelen van besparing van tijd en moeite. Inhoudelijk gezien heeft de nieuwe regeling minder nieuws gebracht, of het moest de vastlegging, in de art. 6:236 en 6:237, van een tweetal lijsten met niet toegelaten bedingen zijn. Voorts codificeert art. 6:233 de reeds onder het oude recht ontwikkelde inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden. Ten slotte zijn de eisen gesteld aan daadwerkelijke toezending van een exemplaar van de algemene voorwaarden aangescherpt. Deze eis wordt door de rechtspraak streng gehandhaafd, ook in het verkeer tussen ondernemers onderling. Op dit punt is de wettelijke regeling anders uitgevallen dan de regering zich had voorgesteld.

In 1999 is de wettelijke regeling op enkele punten aangepast aan de richtlijn oneerlijke contractsbedingen van 1993 van de Europese Unie. Ook bij de uitleg van andere regels van het BW dient deze richtlijn tot richtsnoer.³ In 2000 is de regeling opnieuw aangepast, nu aan de richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen. Thans is wederom een herziening vereist. De aanpassing van 1999 aan de richtlijn oneerlijke contractsbedingen is volgens het Europese Hof van Justitie onvoldoende. Het Hof heeft Nederland veroordeeld wegens onjuiste omzetting van de richtlijn.⁴

De totstandkoming van de wettelijke regeling van de algemene voorwaarden heeft in het parlement aanleiding gegeven tot heel wat discussie⁵ en is nadien voorwerp

* Hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Utrecht.

1. Eigenlijk negen jaar voor de meeste algemene voorwaarden: ingevolge art. 191 Overgangswet is deze regeling voor reeds bestaande algemene voorwaarden eerst per 1 januari 1993 in werking getreden.
2. Zie hieromtrent mijn preadvies voor de NJV 1979, p. 110.
3. M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. Leiden, Deventer: Kluwer, 2001.
4. Europees Hof van Justitie 10 mei 2001, C-144/99. Opmerkelijk in deze zaak is de verwerping door het hof van het argument van de Nederlandse regering, dat een verschil tussen de bepalingen van de Nederlandse wetgeving en die van de richtlijn kan worden opgeheven door toepassing van het beginsel van richtlijnconforme uitlegging. Het hof merkt hierover, in navolging van de advocaat-generaal, op dat een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin de bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn. Dit geldt volgens het hof in het bijzonder op het gebied van de consumentenbescherming.
5. Zie W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering Boek 6, Deventer 1990, waarvan ruim 360 pagina's betrekking hebben op de algemene voorwaarden, en E.O.H.P. Florijn, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, diss. Maastricht, Maastricht 1994, p. 555-557, alsmede Mölenberg, diss. (zie volgende noot), p. 145-154.

geweest van veel commentaren⁶ en rechtspraak.⁷ Hieronder wil ik alleen ingaan op enkele hoofdpunten. Achtereenvolgens komen aan de orde de terminologie (nr 2), de werkingssfeer (nr 3), de onredelijk bezwarend-toets (nr 4), de eis van overhandiging (nr 5), het pot-verwijt-deketel verweer (nr 6), de zwarte en de grijze lijst (nr 7), de *contra proferentem* uitleg (nr 8) en de collectieve actie (nr 9). Ik rond af met een conclusie (nr 10). Om wille van ruimtebesparing ga ik niet in op ontwikkelingen in andere rechtstelsels.⁸

2. Terminologie

De term 'algemene voorwaarden' heeft pas sinds de indiening van het wetsvoorstel inzake afdeling 6.5.3 algemene ingang gevonden. Voordien werd veelal gesproken van 'standaardvoorwaarden', 'standaardcontracten' of 'adhesiecontracten'. Over de verschillende onderdelen van de wettelijke omschrijving in art. 6:231 is veel te doen geweest. Wat een 'beding' is, of ook mondelinge bedingen onder de omschrijving vallen, wat de 'kern van de prestatie' en het bestemmingscriterium inhouden, of voorwaarden die voorwerp van bespreking zijn geweest en notariële modellen onder het wettelijk regime vallen – het zijn allemaal vragen die de afgelopen tien jaren zijn gesteld. Ook de omschrijving van het begrip 'consument' in art. 6:236 heeft aanleiding gegeven tot discussie.⁹

Het gebruik van het begrip 'beding' geeft aan dat algemene voorwaarden een contractuele grondslag hebben. Wat is de aard van een wetsbepaling die in algemene voorwaarden wordt overgenomen? Volgens de literatuur is dan sprake van algemene voorwaarden.¹⁰ Een richtlijn die in polisbedingen wordt neergelegd wordt daarmee een algemene voorwaarde, waarvan de uitleg is voorbehouden aan de feitenrechter. Dit kan meebrengen dat een en dezelfde bepaling door verschillende gerechtshoven in hoogste ressort verschillend wordt geïnterpreteerd.¹¹

Mondelinge bedingen lijken op het eerste gezicht buiten de omschrijving van art. 6:231 te vallen.¹² Maar nu de richtlijn oneerlijke contractsbedingen ook op mondelinge bedingen ziet, dient art. 6:231 krachtens het leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie bij althans bij consumententransacties in deze zin te worden geïnterpreteerd. Brengt het feit dat de inhoud van algemene voorwaarden voorwerp van onderhandeling is geweest mee, dat niet langer van algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.3 kan worden gesproken? Ook hier brengt de richtlijn mee dat voor wat betreft de vraag wat als 'individueel' beding dient te worden beschouwd, een ander criterium moet worden aangelegd dan uit de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse wet¹³ blijkt.

Veel is aanvankelijk gesproken over de uitzondering die de wet – en trouwens ook de richtlijn oneerlijke contractsbedingen – maakt voor 'bedingen die de kern van de prestaties aangeven'. Zelf heb ik indertijd problemen voorzien bij de toepassing hiervan. Ten onrechte: in de praktijk valt het erg mee. De uitzondering moet terughoudend worden

uitgelegd, opdat zoveel mogelijk bedingen onder de werkingssfeer van afdeling 6.5.3 vallen.¹⁴ Afbakeningsproblemen doen zich wel voor met betrekking tot de dekkingomschrijving bij verzekering.¹⁵

De woorden 'voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd' in art. 6:231 zijn afkomstig uit de richtlijn oneerlijke contractsbedingen en in 1999 toegevoegd bij de implementatiewet. Indien een beding niet duidelijk is geformuleerd, zal het dus getoetst kunnen worden, zelfs indien het de kern van de prestatie aangeeft. De toevoeging van 1999 is door het Europese Hof niet toereikend geoordeeld¹⁶, zodat een nieuwe wetwijziging noodzakelijk is.

Vallen bedingen die door een advocaat of notaris geregeld worden opgenomen in door hen geredigeerde overeenkomsten alsmede bedingen in modellenboeken onder de omschrijving van het begrip algemene voorwaarden? Deze vraag is in de literatuur omstreden.¹⁷ Bij de discussie over de omschrijving van het begrip algemene voorwaarden is voorts uitvoerig gesproken over het zg. bestemmingscriterium ('opgesteld teneinde in een aantal

6. AsserHartkamp II, nr. 342377; A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst, Studiereeks burgerlijk recht*, derde druk, Deventer, 2001, nrs. 227-259 (Hijma); J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht*, 1 *Contractenrecht*, vierde druk, Deventer 2001, p. 309-402; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. Nieuw BW B55, Deventer 1996; R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGBGesetz*, diss. VU, Deventer 1991; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag, 2001; L.J. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, diss. Maastricht, Deventer 1995; G.J. Rijken, *De Wet algemene voorwaarden na één jaar: een trieste tussenbalans*, NJB 1994, blz. 643-645; G.J. Rijken, *De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken*, NTBR 1998, p. 361-369; F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en Fabrikatenkoop*, diss. Rotterdam, Arnhem 1995; B. Wessels/R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, tweede druk, Zwolle 1992; B. Wessels e.a., *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden*, derde druk, Deventer 1999;

7. Losbladige *Verbindenissenrecht* afdeling 6.5.3.

8. Over algemene voorwaarden is in het buitenland bijzonder veel gepubliceerd, waarbij Duitsland ongetwijfeld de kroon spant. Hier kan slechts worden gewezen op twee thema-nummers van de *European Review of Private Law*, 1994/3 en 1997/2, waarin wordt ingegaan op de implementatie van de EG-richtlijn oneerlijke contractsbedingen in de verschillende lidstaten van de EU. Sinds een aantal jaren is de Europese Commissie bezig met het aanleggen van een kaartstelsel van nationale uitspraken over oneerlijke contractsbedingen in consumentenovereenkomsten. Dit kaartstelsel is toegankelijk via Internet: <http://europa.eu.int/en/comm/dg24/spc.html>.

9. Zie daaromtrent mijn bijdrage in *It ain't necessarily so/Opstellen aangeboden aan prof. mr H. Franken*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 83-93.

10. Jongeneel, diss., p. 37.

11. HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 (P. Clausing).

12. *Parl. gesch. Inv.*, p. 1462.

13. *Parl. gesch. Inv.*, p. 1569.

14. Geen kernbeding werd dan ook aangenomen in HR 19 september 1997, NJ 1998, 6, gevolgd door Hof Amsterdam 7 mei 1998, NJ 2000, 559 inzake Assoud/Stichting De Nationale Sporttotalisator, alsmede Hof 's-Gravenhage 27 juni 1996, op andere gronden vernietigd door HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (CJHB) en Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, NJ 1999, 298.

15. Volgens de memorie van toelichting vallen alle polisbedingen die samen de omvang van de dekking bepalen, onder het begrip *essentialia* en raken zij daarmee de kern van de prestaties; *Parl. gesch. Inv.*, p. 1571.

16. Europees Hof van Justitie 10 mei 2001, C-144/99.

17. De wetgeschiedenis van art. 6:231 wijst volgens AsserHartkamp II, nr. 347, op ontkennde beantwoording van de vraag. In deze zin ook J.H.M. van Erp, WPNR 6037 (1992). Anders Jongeneel, diss., p. 7072, WPNR 6027 (1991), 6037 (1992) en 6217 (1996), bij wie ik mij aansluit.

overeenkomsten te worden opgenomen') en over de vorm waarin algemene voorwaarden zich kunnen manifesteren. Nu deze beide laatste punten tot dusver geen aanleiding tot moeilijkheden hebben gegeven, laat ik dit rusten.

3 Werkings sfeer

Afdeling 6.5.3 geldt, met uitzondering van arbeidsovereenkomsten en collectieve arbeidsovereenkomsten, voor alle typen overeenkomsten (art. 6:245). De afdeling geldt voor sommige overeenkomsten echter wat meer en voor andere wat minder. Méér geldt afd. 6.5.3 voor overeenkomsten met consumenten, in die zin dat voor deze categorie bijzondere bepalingen zijn ingevoerd. Minder – wetstechnisch gezien zelfs in het geheel niet – geldt de afdeling voor grote ondernemingen in de zin van art. 6:235, lid 1, en voor overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn: art. 6:247.

De wettelijke regeling geldt ook voor de overheid¹⁸, zij het dat de overheid zich als gebruiker van voorwaarden wel aan zwaardere maatstaven heeft te conformeren dan een particulier.¹⁹

Afdeling 6.5.3 komt pas aan de orde als vaststaat dat de algemene voorwaarden in beginsel deel uitmaken van de overeenkomst. De vraag of dit het geval is, wordt beheerst door afdeling 6.5.2, inzake de totstandkoming van overeenkomsten, en titel 3.2, inzake de rechtshandeling.

Tussen afdelingen 6.5.3 en 6.5.2 bestaat enige overlap, omdat eenzelfde feitencomplex tot twee naar het nieuwe BW onderscheiden vragen leidt: maken de betrokken voorwaarden deel uit van de contractsinhoud, respectievelijk zijn de voorwaarden op zodanige wijze aan de wederpartij medegedeeld, dat deze daarvan heeft kunnen kennisnemen als bedoeld in art. 6:233, onder b, en 6:234. Voorts zal een rechtsverhouding soms onder het dwingendrechtelijk regime van een bijzondere overeenkomst vallen. Ook dan bestaat het gevaar van overlap.

De vraag of de wederpartij de voorwaarden in het algemeen heeft aanvaard, moet worden beoordeeld aan de hand van afdeling 6.5.2.²⁰ Ook naar oud recht werd de vraag van de gebondenheid aan algemene voorwaarden beantwoord aan de hand van de algemene regels inzake de totstandkoming van overeenkomsten.²¹ Dit brengt mee dat veel van de onder vigeur van het oude recht gewezen rechterlijke uitspraken onder het nieuwe BW hun waarde behouden. Onzeker is of dit ook geldt voor de Holleman/De Klerk-test` dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest'. Uit het Bouma/Cavo-Latuco arrest²² hebben sommige auteurs, ook al betrof het nog oud recht, afgeleid dat deze regel inderdaad ook onder het nieuwe recht is blijven gelden.²³

De verhouding tussen afdeling 6.5.3 en art. 6:248 (bepalende werking van redelijkheid en billijkheid) is er een

van een bijzondere en algemene regel: op het door haar bestreken gebied derogert art. 6:233 sub (a) aan de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248.²⁴

Enige gelijkenis met het begrip algemene voorwaarden heeft de figuur van de standaardregeling van art. 6:214. De standaardregeling maakt het mogelijk om aan zelfregulering een breder draagvlak te geven. Art. 6:214 is tot dusver echter een dode letter gebleven.

4 Onredelijk bezwarend

De kernbepaling van afdeling 6.5.3 is art. 6:233. Niet alleen de inhoudstoetsing onder (a) maar ook de kennisgevingsplicht onder (b) geeft aanleiding tot veel rechtspraak. Art. 6:233 wordt in de volgende artikelen nader uitgewerkt. Onderdeel (a) wordt voor transacties tussen ondernemers en consumenten nader toegespitst in art. 6:236 (zwarte lijst) en 6:237 (grijze lijst). Onderdeel (b) vindt nadere uitwerking in art. 6:234. Deze uitwerkingen hebben een verschillend karakter. Art. 6:234 is alleen om redenen van redactionele aard afgesplitst van art. 233, onder (b). Beide bepalingen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Art. 6:236 en 6:237 daarentegen hebben alleen maar een voorbeeldfunctie. Met name mogen zij niet als *lex specialis* ten opzichte van art. 6:233, onder (a), worden aangemerkt.

Bij de beoordeling van de vraag of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een beroep op algemene voorwaarden toekomt, moeten alle omstandigheden worden meegewogen.²⁵ Deze ruime formulering heeft wel als gevolg dat het moeilijk is om over de toelaatbaarheid van algemene voorwaarden een algemene uitspraak te doen. Een voorbeeld: de meest bekende algemene voorwaarde is het aansprakelijkheidsbeding. Wanneer is een exoneratieclausule nu onredelijk bezwarend en wanneer niet? Kritisch over de veelheid aan deels in verschillende richtingen wijzende omstandigheden en de hieruit resulterende rechtsonzekerheid is Barendrecht.²⁶ Toch valt het wel mee. Inmiddels heeft zich een jurisprudentie gevormd waaruit een redelijk en meestal ook billijk beeld ontstaat van wat toelaatbaar is en wat niet.

Zo zijn bij de beoordeling van exoneratieclausules volgens de literatuur²⁷ de navolgende factoren van belang: (a) De

18. Tenzij de door de overheid gehanteerde voorwaarden het karakter van materiële wetgeving hebben; zie Jongeneel, diss., p. 74.

19. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (G) inzake Van der Meer/Gemeente Smilde.

20. Parl. gesch. Inv., p. 1573.

21. HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 (CJHB) inzake Holleman/De Klerk.

22. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 688.

23. Zie J.H.M. van Erp, W.H. van Boom, WPNR 6117 (1992) en E.H. Hondius, NTBR 1994, p. 202.

24. G.J. Rijken, Redelijkheid en billijkheid, Mon. Nieuw BW A5, Deventer 1994, p. 6063. Anders: A.H.T. Heisterkamp, CJHB (Brunnerbundel), Deventer 1994, p. 163-171.

25. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 294.

26. J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, diss. Tilburg, Deventer 1992, p. 105-109.

27. Met name Jongeneel, diss., p. 205.

gebruiker weet dat zijn prestatie gebrekkig is²⁸, (b) De aansprakelijkheid wordt beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade²⁹, (c) Het defect staat in geen verhouding tot de waarde van het verkochte artikel³⁰, (d) De condities waarin de exoneratie is opgenomen, zijn in de betrokken bedrijfstak een alledaags verschijnsel, c.q. zij zijn tussen gelijkwaardige partners tot stand gekomen³¹, (e) De aanwezigheid van opzet of grove schuld³², (f) Het betreft fouten van tewerkgestelden die al dan niet tot de bedrijfsleiding behoren³³, (g) De verzekeraarbaarheid van het risico, (h) De vraag in hoeverre de wederpartij op de exoneratie bedacht moest zijn.³⁴

Wat betreft de vernietigingsprocedure vragen twee punten onze aandacht. Allereerst heeft de Hoge Raad in 1999 aangegeven op welke wijze de nietigheid van een beding of van de voorwaarden in het algemeen kan worden ingeroepen. Dat hoeft niet bij reconventionele vordering, terwijl evenmin is vereist dat een beroep op een vernietigingsgrond één of meer specifieke bedingen in algemene voorwaarden betreft – dit beroep kan ook het gehele samenstel van die voorwaarden zien.³⁵

Belangrijker is het volgende. Ingevolge art. 6:233 is een beding in algemene voorwaarden dat onredelijk bezwarend is danwel niet op redelijke wijze aan de wederpartij is kenbaar gemaakt vernietigbaar. Daarentegen spreekt art. 6 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen van 'de consument niet binden'. Dit laatste brengt volgens het Europese Hof van Justitie mee dat de rechter ambtshalve moet kunnen toetsen.³⁶ Nog niet uitgemaakt is of dit uitsluitend geldt voor het forumkeuzebeding dat in deze procedure aan de orde was, dan wel voor bedingen in algemene voorwaarden in het algemeen.

5 Overhandiging

Art. 6:233 onder (b) en art. 6:234 eisen voorts dat de voorwaarden, behoudens in enkele uitzonderingsgevallen, aan de wederpartij zijn overhandigd. Over deze eis heeft zich een omvangrijke rechtspraak ontwikkeld, welke in het algemeen streng de hand houdt aan de wettelijke regeling, ook als het om een overeenkomst tussen twee ondernemers gaat. Dat blijkt uit het arrest Geurtzen/Kampstaal. Aan de orde was de vraag of de regeling limitatief is bedoeld. De Hoge Raad heeft deze vraag in bevestigende zin beantwoord. Steun voor dit antwoord vindt de Hoge Raad allereerst in de tekst van art. 6:234 lid 1. Voorts leidt de Raad uit de parlementaire geschiedenis af dat de wetgever heeft beoogd een stelsel tot stand te brengen dat het voor de gebruiker slechts binnen enge grenzen mogelijk maakt zich tegenover zijn wederpartij (niet zijnde een onderneming als bedoeld in art. 6:235) ter afwering van een door deze gedaan beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden, erop te beroepen dat hij aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden van die algemene voorwaarden kennis te nemen.³⁷

In een naderhand gewezen arrest lijkt de Hoge Raad een meer liberale koers in te slaan. Een redelijke en op de

praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 brengt volgens de Raad mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratie-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Maar meer recentelijk bleek dat de oude lijn toch niet is verlaten. Tot uitgangspunt nemend dat Havrij de voorwaarden niet aan VNP ter hand had gesteld (vgl. art. 6:234 lid 1 onder a), kon het Hof er niet mee volstaan tot beoordelingsmaatstaf te nemen of een redelijke mogelijkheid tot kennisname van de voorwaarden is geboden. Het had tevens moeten vaststellen of de aangevoerde omstandigheden al dan niet tot de gevolgtrekking leidden dat ter hand stellen van de voorwaarden redelijkerwijs niet mogelijk was.³⁸

Betekent dit alles dat de informatieplicht tot in het absurde wordt opgelegd, zoals twee auteurs ons willen doen geloven?³⁹ Ik meen van niet: de wet is stellig in enkele gevallen te *dura*, maar een minder strenge regeling zou ertoe leiden dat omgekeerd in gevallen waarin kennisgeving noodzakelijk is deze achterwege zou mogen blijven.

28. HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (GJS) inzake pseudovogelpest.

29. HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 inzake Van Kleef/Monster, HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 inzake Staalgrit en HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 (CJHB) inzake Gerards/Vijverberg.

30. HR 18 december 1981, NJ 1982, 71 inzake Van Kleef/Monster en HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 inzake Staalgrit.

31. HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (CJHB).

32. Hof 's-Gravenhage 8 juni 1993, S&S 1994, 90 inzake 'Jos'.

33. Hof 's-Gravenhage 26 april 1994, S&S 1995, 36.

34. Hof Arnhem 9 september 1997, NJ 1998, 655.

35. HR 17 december 1999, NJ 2000, 140, met verwijzing naar Parl. Gesch. boek 6 Inv., p. 1583-1585.

36. Hof van Justitie EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730 inzake Océano Grupo Editorial SA/R. Murciano Quintero, Salvat Editores SA/J.M. Sánchez Alcón Prades e.a. (zaken C-240/98 t/m C-244/98). Het Océano-arrest heeft in de Nederlandse rechtspraak reeds navolging gekregen: Hof Arnhem 12 december 2000, TvC 2001, p. 38.

37. HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 (JH) inzake Bouwbedrijf Geurtzen/Kampstaal.

38. HR 6 april 2001, RvdW 2001, 74.

39. T. Hartlief, R.J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2001, p. 1459, 1461.

6 Pot verwijt de ketel

Art. 6:235 regelt drie geheel uiteenlopende zaken, waarvan ik er hier één onder de aandacht wil brengen. Dat is het pot-verwijt-de-ketel verweer van lid 3. Dit verweer beoogt te voorkomen dat een partij die zelf meermalen een bepaalde clausule gebruikt, wanneer zij de hoedanigheid van wederpartij heeft een beroep zou kunnen doen op het onredelijk bezwarend karakter van deze clausule. Deze bepaling is een toepassing van een algemeen beginsel dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men zelf ook verricht.⁴⁰ Zij dient, gelet op de strekking, restrictief te worden uitgelegd.⁴¹

7 De zwarte en de grijze lijst

Natuurlijk is er het nodige te doen geweest over de zg. zwarte en grijze lijst. Welke bedingen moeten als onredelijk bezwarend worden aangemerkt en welke niet? Voor veel bedingen levert dit geen probleem op. Maar er zijn ook bedingen waar dit anders ligt. Ik wil hier echter aandacht vragen voor één specifieke kwestie. Brengt het feit dat een clausule – net – niet onder de lijst valt mee, dat het dus toelaatbaar is? Of met andere woorden: mag men uit de zwarte en de grijze lijst *a contrario* afleiden dat bedingen die toelaatbaar schijnen ook niet aan de algemene norm van art. 6:233 mogen worden getoetst? Men zou dit wellicht kunnen afleiden uit een recent arrest.⁴² Indien dit zou worden gedaan, zou ik dit betreuren. Een van de wijze lessen die wij uit het Duitse recht kunnen trekken, is dat na toetsing aan de zwarte lijst nog een volledige toetsing aan de open norm plaatsvindt.⁴³

8 Contra proferentem uitleg

Onduidelijke algemene voorwaarden moeten worden uitgelegd ten nadele van de opsteller. Deze oeroude regel is vroeger ook door de Hoge Raad aanvaard.⁴⁴ Maar onder invloed van de Haviltex-rechtspraak is de *contra proferentem* uitleg gedegradeerd tot simple 'gezichtspunt'.⁴⁵ Het merkwaardige is dat dit induist tegen het Europese recht, dat ons bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen heeft verplicht om eerdergenoemde uitlegregel over te nemen. Dat de wetgever daar aanvankelijk weinig voor voelde, moet worden toegeschreven aan zijn gedachte dat in de wet voor uitlegregels geen plaats is. Uiteindelijk heeft hij echter ingezien dat een richtlijn voorrang heeft en in 1999 is alsnog aan art. 6:238 het huidige tweede lid toegevoegd.⁴⁶ Voordien had de Hoge Raad zich van zijn slechtste kant doen kennen door in strijd met de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie de oude 'gezichtspunt' rechtspraak te handhaven.⁴⁷

9 Collectieve actie

Een belangrijk onderdeel van de wettelijke regeling is de collectieve actie. De tekst van art. 6:240 is in 2000 gewijzigd. Dit is geschied ingevolge richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de

bescherming van de consumentenbelangen (Pb. EG L 166). Aan art. 6:241 is in 2000 een zesde lid toegevoegd dat vastlegt dat een voorziening bij kort geding openstaat. Dit is geschied ingevolge de richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.⁴⁸

Van de collectieve actie is blijkens de gepubliceerde jurisprudentie weinig gebruik gemaakt. Het meeste opzien baarde het EnergieNed arrest.⁴⁹ Een collectieve actie werd in deze zaak gedeeltelijk toegewezen. Bij het Hof had de Consumentenbond nog geen succes, maar in cassatie wel. Volgens de Hoge Raad moet tegen de achtergrond van de parlementaire geschiedenis⁵⁰ worden aangenomen dat een consumenten-organisatie die een vordering instelt tegen een branche-organisatie bij deze vordering een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW heeft indien het beding waarvan zij vordert dat het onredelijk bezwarend wordt verklaard, voorkomt in de algemene voorwaarden waarvan de branche-organisatie het gebruik bevordert in overeenkomsten met consumenten.

Er zijn nog enkele andere verbodsacties toegewezen.⁵¹ Indien dat alles was, zou deze oogst telerstellend kunnen worden genoemd. Maar dat is zij allerminst, want zoals gezegd is het de wetgever er niet om te doen dat er veel geprocedeerd wordt. In feite is de collectieve actie een mooie stok achter de deur om partijen aan de onderhandelingstafel te krijgen. Aan die onderhandelingstafel komen in tweezijdig overleg heel wat algemene voorwaarden tot stand. In het bijzonder de Commissie Zelfregulering van de Sociaal-Economische Raad maakt zich hierbij verdienstelijk.

10 Conclusie

Afdeling 6.5.3 behelst een van de belangrijkste vernieuwingen die het nieuwe vermogensrecht ons in 1992 heeft gebracht. Inhoudelijk heeft deze regeling een codificatie van de HBU-norm gebracht, welke voor consumenten-

40. Parl. gesch., p. 1625. Zie omtrent dit beginsel ook Martine Behar-Touchais (red.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris: Economica, 2000.

41. HR 6 april 2001, RvdW 2001, 74.

42. HR 23 februari 2001, RvdW 2001, 58 inzake Montoya/ABN AMRO Bank.

43. Manfred Wolf, Norbert Horn, Walter F. Lindacher, *AGB-Gesetz*, vierde druk, München: Beck, 1999, p. 1040.

44. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (GJS) inzake Ram/Matser.

45. HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (MMM) inzake Liskay/Harman.

46. Zoals reeds bepleit in mijn bijdrage in NTBR 1993, p. 108, 111, waartegen Jac. Hijma, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer 1997, p. 415, 423, en in WPNR 6345 (1999).

47. HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (MMM).

48. Pb. EG L 166, waarover H.J. Sniijders, WPNR 6425 (2001).

49. HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (CJHB).

50. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6) p. 1778.

51. Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, NJ 1999, 298: onredelijk bezwarend is het beding dat als verplichting van de leningnemer inhoudt dat de onroerende zaak waarop het hypotheekrecht wordt gevestigd tegen brand wordt verzekerd en verzekerd gehouden gedurende de looptijd van de hypothecaire lening bij een van het concern deel uitmakende verzekeringmaatschappij.

transacties nog is aangescherpt in een tweetal lijsten van niet of behoudens tegenebewijs niet toelaatbare bedingen. Nieuw is de kennisgevingsplicht, die ook voor ondernemerstransacties geldt en daar scherp wordt gehandhaafd. Eveneens nieuw is de collectieve actie die aan ondermeer consumentenorganisaties is toegekend. Ook deze actie wordt door de Hoge Raad zeer serieus opgevat.

Aan de regeling zijn enkele minpunten verbonden. De verhouding tot de regelingen van de totstandkoming van rechtshandelingen in titel 3.2 en van overeenkomsten in het bijzonder in afdeling 6.5.2 is onduidelijk en vertoont overlap. Hoe een bedrijfsvreemde transactie moet worden

gekwaliceerd is nog niet uitgemaakt. Ten slotte is afdeling 6.5.3 nog niet geheel *Euro-proof*.

Dat neemt niet weg dat het recht inzake algemene voorwaarden een goede oplossing biedt voor de meeste problemen die zich op dit terrein voordoen. In het bijzonder wijst de wet partijen en hun organisaties de weg hoe bij wege van zelfregulering tot een oplossing te komen zonder inschakeling van de overheid. Op dit punt verdient het Duitse recht geen navolging. Op andere punten kunnen andere Europese stelsels ons veel inspiratie bieden, zoals ik elders nog eens hoop te kunnen aangeven (wellicht bij het volgende lustrum van het nieuwe BW).