

Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten^{*}

M.B.M. Loos

1 Inleiding

De richtlijn oneerlijke contractsbedingen¹ (hierna ook: Richtlijn) is zonder meer een van de belangrijkste bestaande richtlijnen op het gebied van het Europees privaatrecht. De richtlijn raakt het hart van het contractenrecht – de inhoud van overeenkomsten – en vormt daarmee een belangrijk instrument tot harmonisatie van dat contractenrecht, ook al is zij slechts gericht op bedingen in overeenkomsten met consumenten. Teneinde de consistentie en coherentie van het eigen systeem te bewaken, zullen veel lidstaten zich immers genoodzaakt voelen hun eigen algemene voorwaardenregeling af te stemmen op de minimumvereisten van de richtlijn, ook ten aanzien van overeenkomsten die formeel niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, zoals overeenkomsten tussen twee professionele partijen.

De huidige richtlijn bevat naast definities van begrippen als consument en handelaar een open norm van bedingen die als oneerlijk kunnen worden gezien (art. 3 lid 1 Richtlijn)² onder meer een ‘indicatieve en niet-uitputtende lijst’ van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn en de daarop betrekking hebbende bijlage bij de Richtlijn), alsmede de bepaling dat oneerlijke bedingen de consument ‘niet binden’ (art. 6 Richtlijn).

In Nederland heeft de richtlijn maar tot enkele wijzigingen in de wettelijke regeling van afdeling 6.5.3 BW geleid. De reden daarvoor is dat de inhoud en systematiek van de Nederlandse regeling in belangrijke mate lijkt op die van de richtlijn: voor beide regelingen geldt dat de kern wordt gevormd door een open norm en dat de regelingen niet of nauwelijks van toepassing zijn op individuele bedingen en kernbedingen. Omdat de richtlijn slechts minimumharmonisatie beoogde, kon Nederland verdergaande bescherming – met name bestaande uit de informatieplicht van artikel 6:233 sub b en 234 BW en de zwarte en grijze lijst van artikel 6:236-237 BW – ook handhaven. Slechts op een beperkt aantal punten diende de wet te worden

* Dit artikel is een licht bewerkte versie van het gelijknamige artikel dat verschenen is in M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 183-201.

1 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 1993, L 095/29.

2 Zie daarover ook M.H. Wissink, *Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW. Knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) richtlijn consumentenrechten*, *VrA* 2009/1, p. 51-52. Dit artikel is ook gepubliceerd in M.W. Hesselink, M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 31-53. In verband met de toegankelijkheid van het artikel voor de lezers van dit tijdschrift zal echter hierna verwezen worden naar de publicatie in *VrA*.

aangepast. In de eerste plaats vallen mondelinge en elektronische bedingen en onduidelijk geformuleerde kernbedingen thans onder de wettelijke definitie van het begrip algemene voorwaarden, terwijl het transparantiebeginsel en de *contra profertem*-regel in een nieuw artikel 6:238 lid 2 BW zijn opgenomen.³ De Nederlandse wetgever heeft de sanctie van vernietigbaarheid echter niet aangepast aan de bepaling in de richtlijn dat oneerlijke bedingen de consument ‘niet binden’. Omstrede is of deze bepaling niet met zich brengt dat oneerlijke bedingen voor nietig dienen te worden gehouden, dan wel dat kan worden volstaan met de vernietigbaarheid van deze bedingen op de voet van artikel 6:233 sub a BW.

De richtlijn oneerlijke contractsbedingen is nadrukkelijk betrokken in de voorgenomen herziening van het consumentenacquis. De voorgestelde richtlijn consumentenrechten dient dan ook mede ter vervanging van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, die volgens de toelichting op het richtlijnvoorstel ‘in grote lijnen’ is overgenomen.⁴ Dat betekent dat voor zover daar niet van af is gegaan, de uitleg van de huidige richtlijn oneerlijke contractsbedingen – zoals die mede voortvloeit uit de aan de richtlijn voorafgaande preambule – van belang blijft. In deze bijdrage zal bij de bespreking van het richtlijnvoorstel op het gebied van de algemene voorwaarden dan ook nadrukkelijk worden ingegaan op de regeling in de huidige richtlijn. Daarbij verdient opmerking dat het richtlijnvoorstel, anders dan de huidige richtlijn, uitgaat van volledige harmonisatie. Verdergaande nationale bescherming zal dan ook afgeschaft moeten worden voor zover de richtlijn daar geen grondslag voor biedt.⁵

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 ga ik in op het toepassingsgebied van de voorgestelde regeling. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan het transparantiebeginsel en de informatieplicht, terwijl in paragraaf 4 wordt ingegaan op de regeling van kernbedingen onder het richtlijnvoorstel. De kern van het richtlijnvoorstel, de open norm van artikel 32, vormt het onderwerp van paragraaf 5, terwijl in paragraaf 6 wordt ingegaan op de grijze en zwarte lijst. Of de sanctie van vernietigbaarheid aan de eisen van de richtlijn en het richtlijnvoorstel voldoet, zal in paragraaf 7 worden besproken. In de in paragraaf 8 opgenomen conclusie zal ik ten slotte aangeven op welke punten het Nederlandse recht aanpassing behoeft indien het richtlijnvoorstel in ongewijzigde vorm zou worden aangenomen. Niet aan de orde zal komen de verplichting tot het mogelijk maken van een collectieve actieprocedure door consumentenorganisaties en andere belangenorganisaties, zoals deze voortvloeit uit artikel 7 van de huidige richtlijn oneerlijke contractsbedingen en artikel 38 van het richtlijnvoorstel. Ten slotte laat ik ook de mogelijkheid van rechtskeuzes en daarmee de mogelijke ontduiking van de door de richtlijn en het richtlijnvoorstel beoogde bescherming buiten beschouwing.

3 Vgl. B. Wessels & M.H. Wissink, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 11-12.

4 Zie de Toelichting op het richtlijnvoorstel, COM(2008)614 definitief, p. 11.

5 Zo ook Wissink 2009, p. 54.

2 Toepassingsgebied van de voorgestelde regeling

Bij de herziening van het consumentenacquis was een van de grote strijdpunten of de bescherming tegen oneerlijke bedingen beperkt zou moeten blijven tot bedingen in vooraf opgestelde overeenkomsten – anders gezegd: tot algemene voorwaarden – of dat de bescherming ook betrekking zou moeten hebben op bedingen waarover partijen onderhandeld hebben. In de reacties op het Groenboek inzake de Herziening van het consumentenacquis⁶ toonden consumentenorganisaties en vijftien lidstaten zich voorstander voor een uitbreiding van de consumentenbescherming; het bedrijfsleven en negen lidstaten (waaronder Nederland) waren hierop tegen. Volgens het Europees Parlement kunnen de belangen van consumenten en het bedrijfsleven echter met elkaar worden verzoend door een duidelijke definitie van het begrip '(niet) individueel onderhandeld', waarmee dan duidelijk zou moeten worden gemaakt dat van een individueel beding alleen sprake is wanneer de consument een reële kans heeft gehad om de inhoud van het beding aan te laten passen. Alleen in dat geval zou het beding dan niet onder de inhoudstoetsing moeten vallen.⁷ Wanneer de term in deze beperkte betekenis zou worden opgevat, lijkt er weinig reden te zijn voor een uitbreiding van de toetsing tot individueel onderhandelde bedingen.

Het onderwerp is uitputtend besproken tijdens de bijeenkomsten van de *Study Group on a European Civil Code* en de *Acquis Group*, min of meer volgens dezelfde lijnen. Over dit specifieke onderwerp konden de beide groepen het niet eens worden: terwijl de *Study Group* individueel onderhandelde bedingen onder de toetsing wilde laten vallen in een overeenkomst tussen een consument en een handelaar, hield de *Acquis Group* vast aan de beperking tot niet-onderhandelde bedingen. De groepen hebben daarom twee verschillende teksten voorgesteld in Artikel II.-9:404 van het ontwerp voor een Gemeenschappelijk Referentiekader (hierna ook: draft-CFR).⁸

De Europese Commissie heeft hier dus uiteindelijk een keuze moeten maken met tegengestelde reacties vanuit de respondenten op het Groenboek en met een verdeelde aanbeveling uit de wetenschap. De Commissie heeft daarbij aansluiting gezocht bij de suggestie van het Europees Parlement. Artikel 30 van het voorstel geeft het toepassingsgebied van de regeling inzake de algemene voorwaarden weer. Het eerste lid bepaalt met zoveel woorden dat de regeling alleen van toepassing is indien het gaat om bedingen die *van te voren* zijn opgesteld. Bedingen die pas tijdens de onderhandelingen worden opgesteld, vallen daarmee niet onder het toepassingsgebied van de wettelijke regeling. Hoewel het woord 'opgesteld' anders doet

6 Groenboek Herziening van het consumentenacquis van 8 februari 2007, COM(2006)744 definitief.

7 Commission staff working document, Report on the outcome of the public consultation on the green document on the review of the consumer acquis (hierna: Review of consumer acquis document), p. 6-7. Dit werkdocument heeft geen COM-nummer gekregen. Het rapport kan worden gedownload op <ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm> (laatstelijk gecheckt op 18 januari 2009).

8 Zie Chr. von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline edition*, Munich: Sellier 2008, Introduction, no. 79.

vermoeden, is niet relevant is of de bedingen op papier (of op een andere duurzame drager) zijn gezet: ook mondelinge bedingen die vooraf (en daarmee eenzijdig) zijn vastgesteld, vallen onder de regeling.⁹

Een volgende voorwaarde is dat de consument met het beding heeft ingestemd 'zonder invloed op de inhoud te hebben'. Evenals in de bestaande richtlijn¹⁰ wordt het feit dat bedingen zijn opgenomen in een vooraf opgestelde standaardovereenkomst gezien als een aanwijzing dat deze niet het voorwerp van onderhandelingen hebben gevormd. Wanneer partijen wel over een bepaald beding hebben onderhandeld, heeft de consument wel invloed gehad op dit beding, zodat het beding niet als oneerlijk zal kunnen worden aangemerkt, ook als het beding uiteindelijk niet is aangepast. Van een beding waarover onderhandeld is, is echter geen sprake indien de consument de keuze wordt geboden tussen verschillende bedingen die vooraf zijn opgesteld door de handelaar of door een derde partij die namens de handelaar optreedt.¹¹ Het tweede lid van artikel 30 van het richtlijnvoorstel brengt overigens mee dat wanneer partijen onderhandelen over een deel van het contract, de algemene voorwaardenregeling van toepassing blijft op bedingen waarover tussen partijen niet is onderhandeld.

Dat over een bepaald beding onderhandeld is, dient de handelaar te stellen en zo nodig te bewijzen, bepaalt artikel 33 van het richtlijnvoorstel.¹² Hij zal daartoe in ieder geval moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de consument daadwerkelijk invloed moet kunnen hebben gehad op het beding; indien de consument slechts 'ja' of 'nee' kon zeggen, en het ontkennende antwoord zou meebrengen dat de handelaar zou weigeren de overeenkomst te sluiten, is uiteraard geen sprake van invloed op de inhoud van het beding. De voorgestelde regeling wijkt op dit punt niet wezenlijk af van de bestaande richtlijn,¹³ maar noopt wel tot een andere invulling van de omschrijving van het begrip 'algemene voorwaarde' in artikel 6:231 BW. Deze bepaling eist thans op dit punt slechts dat het moet gaan om een of meer bedingen die vooraf zijn opgesteld, maar niet dat de consument geen invloed mag hebben gehad op de inhoud ervan. Naar geldend Nederlands recht wordt aangenomen dat een beding waarover onderhandeld is, zonder dat die onderhandelingen hebben geleid tot een aanpassing van het beding, wel degelijk getoetst kan worden aan de open norm van artikel 6:233 sub a BW. Het feit dat over het beding onderhandeld is, zal daarbij wel als een van de 'omstandigheden van het geval' moeten worden meegewogen bij de vraag of het beding als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, maar de toetsing zelf blijft in beginsel gewoon mogelijk.¹⁴ In veel gevallen zal een dergelijk beding echter juist *omdat* erover is onderhandeld de inhoudstoetsing wel

9 Zie overweging 11 bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, welke overweging gezien de eerder genoemde passage in de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn consumentenrechten van belang blijft.

10 Zie art. 3 lid 2 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, waarin in dit kader wordt gesproken over een 'toetredingsovereenkomst'.

11 Zie overweging 45 van de preambule bij het richtlijnvoorstel.

12 In deze zin ook art. 3 lid 2 derde zin van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

13 Zie art. 3 lid 1 en 2 richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

14 Vgl. R.H.C. Jongeneel, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 96.

M.B.M. Loos

doorstaan, maar dat is natuurlijk per definitie anders indien het beding voorkomt op de zwarte lijst.¹⁵ Onder het richtlijnvoorstel zouden bedingen waarover onderhandeld is zonder dat dit tot wijziging van het beding heeft geleid, niet getoetst kunnen worden en (dus) ook niet wegens oneerlijkheid buiten toepassing worden gelaten, ook niet als zij op de Europese zwarte of grijze lijst voorkomen. Terecht merkt Hijma hierover op dat de uitsluiting van 'onderhandelde' bedingen van de toetsing de weg opent voor chicanes door zogenaamd te onderhandelen, maar in werkelijkheid geen duimbreed toe te geven.¹⁶ Wijziging van het richtlijnvoorstel zou dan ook wenselijk zijn.

Artikel 30 lid 3 van het richtlijnvoorstel bepaalt vervolgens dat de regeling niet van toepassing is op bedingen in overeenkomsten 'die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met de bepalingen of beginselen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn'. Een soortgelijke uitzondering was ook in de richtlijn oneerlijke contractsbedingen opgenomen, waarin met nadruk het voorbeeld van internationale verdragen op het gebied van het vervoersrecht werd genoemd.¹⁷ De reden voor deze uitzondering was dat bedingen die rechtstreeks of indirect zijn vastgesteld door de lidstaten 'worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten', zodat het niet nodig zou zijn om deze bedingen te beoordelen op mogelijke oneerlijkheid.¹⁸ Deze beperking is echter problematisch. In de eerste plaats is onduidelijk of onder de uitzondering alleen bedingen vallen die overeenkomen met regels die zijn gesteld door de *nationale* overheden, dan wel of ook lagere overheden dergelijke regels zouden kunnen stellen. Te denken valt aan de algemene voorwaarden van de drinkwaterbedrijven, die in handen van lagere overheden zijn. Voor zover deze algemene voorwaarden zijn opgenomen in bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening, zou betoogd kunnen worden dat zij onder de uitzondering van het toepassingsgebied van de richtlijn vallen. Weliswaar worden deze bedingen naar geldend Nederlands recht niet gezien als wettelijke voorschriften,¹⁹ maar nu de voorgestelde richtlijn niet uitgaat van minimum- maar van volledige harmonisatie, zal de term in het vervolg autonoom Europeesrechtelijk moeten worden uitgelegd, omdat een verdergaande bescherming van consumenten (door dergelijke bedingen wel te toetsen, ofschoon de Europese richtlijn daar niet toe dwingt) niet langer toegestaan zal zijn. Onduidelijk is voorts in hoeverre algemene voorwaarden die zijn opgenomen in *beleidsregels* nog inhoudelijk getoetst kunnen worden: deze regels zijn immers vastgesteld door een overheidsorgaan, zodat de gedachte dat zij geacht worden geen oneerlijke bedingen te bevatten, ook hier opgeld zou kunnen doen. De bepaling kan bovendien als misleidend worden

15 Zie ten aanzien van de huidige Nederlandse situatie Jongeneel 2006.

16 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografie Nieuw BW nr. B55, Deventer: Kluwer 2003, p. 19.

17 Zie art. 1 lid 2 richtlijn oneerlijke contractsbedingen. Dit voorbeeld is thans opgenomen in overweging 46 van de preambule bij het richtlijnvoorstel.

18 Zie overweging 13 in de preambule bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

19 Zie HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 (Vaalse Elektriciteitsverordening); E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 246-247; M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 93-94.

gezien: blijkens de preambule bij de richtlijn oneerlijke bedingen vallen ook bedingen die overeenkomen met bepalingen van *aanvullend* recht onder de uitzondering.²⁰ Bepalingen van *aanvullend* recht zouden dus moeten worden gezien als bepalingen van ‘dwingend’ recht. Ook in dit verband rijst bovendien de vraag hoe om te gaan met beleidsregels: nu overheidsorganen in beginsel gehouden zijn te handelen overeenkomstig de door hen gepubliceerde beleidsregels,²¹ lijkt verdedigbaar dat deze regels in *Europeesrechtelijk opzicht* moeten worden gezien als bepalingen van aanvullend recht. Voor zover de uitzondering voor bedingen die ‘dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen’ al gehandhaafd zou moeten worden, zou verduidelijking op deze beide punten in ieder geval gewenst zijn. Beter lijkt het om de beperking eenvoudigweg te schrappen: zij leidt vooral tot veel onduidelijkheid en interpretatiegeschillen: wanneer *weerspiegelt* een beding een wettelijke regel en wanneer wijkt het daarvan op een ondergeschikt punt af (en zou het dus wel onder de toetsing vallen)? Mijns inziens kan het aan rechters en toezichthouders worden overgelaten om terughoudend om te gaan bij de toetsing van bedingen die niet meer lijken te doen dan de bestaande rechtstoestand weergeven.

3 Transparantiebeginsel en informatieplicht

Artikel 31 van het richtlijnvoorstel draagt de titel ‘Voorschriften betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten’. Het eerste lid bevat het zogenoemde transparantiebeginsel: bedingen in overeenkomsten dienen in duidelijke en begrijpelijke taal opgesteld en goed leesbaar te zijn. De bepaling komt grotendeels overeen met de bepaling van artikel 5, eerste zin, van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, maar voegt daaraan toe dat de algemene voorwaarden ook leesbaar dienen te zijn. Dat zal met zich moeten brengen dat de bedingen in een zodanig lettertype en een zodanige lettergrootte moeten worden geplaatst dat de consument ze ook daadwerkelijk kan lezen. Het is lidstaten echter niet toegestaan om op dit punt nadere regels aan de presentatie te stellen.²² Het transparantiebeginsel, dat thans in artikel 6:238 lid 2 eerste zin BW is opgenomen, dient de wederpartij in staat te stellen haar rechtspositie te beoordelen op het moment dat de wederpartij de algemene voorwaarden wil lezen.²³ Het is echter niet geheel duidelijk wat de gevolgen van een schending van het transparantiebeginsel zijn: dit wordt in het richtlijnvoorstel helaas niet aangegeven. In Nederland zal een onduidelijk beding al snel onredelijk bezwarend (‘oneerlijk’) worden geacht, maar van een harde regel is op dit punt geen sprake.²⁴ Of deze opvatting Europeesrechtelijk houdbaar is, zal echter uiteindelijk door het Hof van Justitie van de EG moeten worden bepaald. Houvast

20 Zie het slot van overweging 13 in de preambule bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

21 Zie art. 4:84 Awb.

22 Zie art. 31 lid 4 richtlijnvoorstel.

23 Zie reeds *Bundesgerichtshof* 14 mei 1996, *Betriebs-Berater* 1996, 1402.

24 Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 73. Voorzichtiger is Jongeneel 2006, p. 329.

M.B.M. Loos

in de vorm van een duidelijke aanwijzing van de richtlijngever zou echter gewenst zijn.

Een bijzondere invulling van het transparantiebeginsel is opgenomen in artikel 31 lid 3 van het richtlijnvoorstel. Krachtens deze bepaling dient de handelaar de consument uitdrukkelijk te vragen of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor het onderwerp van de eigenlijke contractuele verplichting van de handelaar.

‘Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoeding van deze betalingen’,

aldus het slot van deze niet direct duidelijke bepaling. De betekenis ervan wordt evenwel toegelicht in de preambule, waaruit volgt dat opt-outs systemen, bijvoorbeeld in de vorm van al aangevinkte vakjes bij online verkoop, verboden dienen te worden.²⁵ Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin de consument online een computer koopt en hij er automatisch een bijkomend product, zoals een verzekering of extra garantie, bij bestelt. Voor zover een consument als gevolg van een dergelijke verboden koppelverkoop te veel heeft betaald, dient de extra betaling derhalve aan hem te worden terugbetaald.

Anders dan het kopje van artikel 31 doet vermoeden, gaat achter dit artikel echter een veel verder gaande verplichting schuil dan alleen het transparantiebeginsel: lid 2 bepaalt dat bedingen ‘aan de consument ter beschikking gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel’. Overweging (47) van de preambule bij het richtlijnvoorstel geeft in dit verband aan dat de consument gelegenheid dient te krijgen om de bedingen door te lezen voordat de overeenkomst gesloten wordt.

‘Dit kan inhouden dat de bedingen op verzoek overhandigd worden (bij overeenkomsten in verkooppunten), of dat die op andere wijze toegankelijk worden gemaakt (bv. op de website van de handelaar bij overeenkomsten op afstand), of dat standaardbedingen aan het bestelformulier worden gehecht (bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten).’

In deze bepaling, die niet expliciet was opgenomen in de richtlijn oneerlijke contractsbedingen,²⁶ herkennen we de informatieplicht die in het Nederlandse recht opgenomen is in artikel 6:233 onder b BW en uitgewerkt is in artikel 6:234 BW. Of deze Nederlandse bepalingen gehandhaafd kunnen worden, is niet geheel duidelijk:

25 Overweging 47 van de preambule bij het richtlijnvoorstel.

26 Zij komt wel naar voren in overweging 20 van de preambule bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

een duidelijke sanctie voor een schending van de informatieplicht ontbreekt in het richtlijnvoorstel, terwijl artikel 31 lid 4 van het richtlijnvoorstel het de lidstaten verbiedt aanvullende eisen te stellen met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten ter beschikking van de consument gesteld worden. Aan de andere kant dient Nederland er wel voor te zorgen dat er een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie staat op schending van de informatieplicht.²⁷ In dit licht lijkt het dan ook verdedigbaar artikel 6:233 onder b en 234 BW zo uit te leggen, dat dit geen aanvullende eisen stelt met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten ter beschikking van de consument gesteld worden, maar slechts de *gevolgen* van het niet naleven van de informatieplicht regelen. De uit de parlementaire geschiedenis blijvende gedachte dat artikel 6:234 BW een limitatieve invulling bevat van de wijze waarop de informatieplicht kan worden nagekomen,²⁸ zal dan echter wel definitief moeten worden verlaten.²⁹ Deze zeer restrictieve uitleg van de ‘redelijke mogelijkheid’ tot kennisneming is in de literatuur steeds bestreden met het argument dat artikel 6:233 sub b BW als een open norm is geformuleerd en dat ook de bewoordingen van artikel 6:234 BW niet tot de conclusie dwingen dat de opsomming limitatief van aard is, doch slechts aangeeft wanneer de handelaar *in ieder geval* heeft voldaan aan de informatieplicht.³⁰ Het richtlijnvoorstel zou bij aanvaarding in ongewijzigde vorm in ieder geval nopen tot een dergelijke interpretatie. Met zijn arrest Geurtzen/Kampstaal³¹ heeft de Hoge Raad al de nodige ruimte geschapen voor een toekomstige richtlijnconforme interpretatie. Het zou dan overigens voor de hand liggen als de terhandstellingsverplichting ook niet meer zou gelden in overeenkomsten waarbij de wederpartij zelf een handelaar (professionele partij) is: het lijkt moeilijk te verdedigen dat een professionele wederpartij op dit punt meer bescherming zou moeten krijgen dan een consument.³²

4 Kernbedingen

Krachtens artikel 4 lid 2 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen kunnen kernbedingen – bedingen die het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst vormen – niet als oneerlijk (onredelijk bezwarend) worden geoordeeld. Naar geldend Nederlands recht wordt het begrip ‘kernbeding’ beperkt uitgelegd:³³ dat een beding voor een van beide partijen ‘van essentieel belang is’ en dat die partij de overeenkomst niet zou sluiten indien het beding niet zou worden opgenomen, maakt het beding

27 Vgl. overweging 58 van de preambule bij het richtlijnvoorstel.

28 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1590, 1614-1615.

29 Zo ook Wissink 2009, p. 60.

30 Zie hierover Loos 2001, nr. 59-63 met nadere verwijzingen.

31 HR 1 oktober 1999, LJN ZC2977 (Geurtzen/Kampstaal).

32 Vgl. in deze zin ook Wissink 2009, p. 58, 60-61, die in dit kader spreekt van ‘doorharmoniseren’; zelf heb ik in mijn oratie in dit verband over ‘spontane harmonisatie’ gesproken, zie M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 6.

33 Zie hierover Jongeneel 2006, p. 90-91.

M.B.M. Loos

niet tot een kernbeding.³⁴ Daarvan is slechts sprake indien, objectief gezien, de overeenkomst zonder het beding niet tot stand zou kunnen komen omdat de verbintenissen van partijen dan onvoldoende bepaalbaar zouden zijn.³⁵

In hun reacties op het Groenboek Herziening van het consumentenacquis toonde de meerderheid van de consumentenorganisaties zich voorstander van het laten vallen van deze uitzondering, omdat sprake is van een structurele ongelijkheid tussen consumenten en handelaren; zij stelde dat een uitbreiding van de inhoudscontrole tot kernbedingen zou helpen om het evenwicht tussen partijen te herstellen. Een duidelijke meerderheid van de respondenten op het Groenboek deelde deze opvatting niet, omdat een uitbreiding van de toetsing tot kernbedingen in strijd zou zijn met het beginsel van de vrije markt en het beginsel van contractsvrijheid.³⁶ Deze opvatting veronderstelt natuurlijk dat de consument in staat is om in vrijheid te beslissen al dan niet tot contractsluiting over te gaan als de consument niet instemt met de contractvoorwaarden. Juist ten aanzien van kernbedingen – de hoofdprestaties van beide partijen – is dat in de meeste gevallen inderdaad het geval: als de aangeboden zaak of dienst naar de smaak van de consument te duur is, zal hij weigeren de overeenkomst te sluiten. De consument zal in de regel ook weinig opschieten met een uitbreiding van de toets tot kernbedingen: vernietiging van het kernbeding zou logischerwijs moeten leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst wegens onbepaalbaarheid van de wederzijdse verbintenissen van partijen, omdat na vernietiging geen overeenstemming blijkt te bestaan over de kern van de prestatie van een van de partijen. De consument kan in dat geval ook geen gebruikmaken van de voordelen die hij dacht te verkrijgen met de sluiting van de overeenkomst. Vernietiging van een kernbeding zal in veel gevallen dan ook niet in het belang van de consument zelf zijn. Bovendien bieden traditionele begrippen als dwaling, misbruik van omstandigheden en bedrog waarschijnlijk al voldoende mogelijkheden indien de consument in een dergelijke situatie *wel* bevrijd zou willen worden van de binding aan de overeenkomst. Zo gezien is de uitsluiting van kernbedingen, welke ook in het ontwerp voor een Gemeenschappelijk Referentiekader is opgenomen,³⁷ terecht.

Artikel 32 lid 3 van het richtlijnvoorstel maakt duidelijk dat ook in de richtlijn consumentenrechten de uitzondering van de toetsing van kernbedingen wordt gehandhaafd. Anders dan waarschijnlijk thans het geval is,³⁸ wijzen zowel de bewoordingen van artikel 32 lid 3 van het richtlijnvoorstel als het feit dat het richtlijnvoorstel *volledige* harmonisatie beoogt, erop dat het de lidstaten ook niet is toegestaan om bij de implementatie te bepalen dat kernbedingen wel getoetst kunnen worden. Het artikellid verbiedt de rechter uitdrukkelijk ook om te beoordelen of de door de con-

34 Vgl. HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator); HR 21 februari 2003, LJN AF1563 (Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide).

35 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1527.

36 Review of consumer acquis document, p. 7.

37 Zie Art. II.–9:407 lid 2 draft-CFR.

38 Zekerheid zal worden verkregen wanneer het HvJ EG uitspraak heeft gedaan in zaak C-484/08 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios ('Ausbanc')).

summent te betalen prijs in overeenstemming is met de waarde van de geleverde goederen of diensten.³⁹ De prijs en de prijs/kwaliteit-verhouding kunnen daarentegen wel een rol spelen bij de beoordeling van de oneerlijkheid van andere bedingen in de overeenkomst, aldus overweging 49 van de preambule.

De uitzondering van de mogelijkheid om kernbedingen te toetsen, geldt echter slechts indien ten aanzien van deze bedingen voldaan is aan de in artikel 31 van het richtlijnvoorstel gestelde eisen 'betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten'. Onduidelijk of onbegrijpelijk geformuleerde kernbedingen zijn daarmee onderworpen aan de toetsing van artikel 6:233 onder a BW, zo volgt reeds nu uit artikel 6:231 onder a BW. Nu artikel 31 van het richtlijnvoorstel echter niet slechts het transparantiebeginsel, maar ook de informatieplicht bevat, zullen kernbedingen die niet voor contractsluiting ter hand zijn gesteld, getoetst moeten kunnen worden aan artikel 6:233 sub b BW. Dit betekent in ieder geval een belangrijke wijziging van de definitie van het begrip 'algemene voorwaarden' in artikel 6:231 sub a BW, maar het belang van deze wijziging gaat verder: voor zover de regeling van de informatieplicht ongewijzigd blijft (en mag blijven), volgt uit de schending van de informatieplicht direct dat het kernbeding vernietigbaar is. Een beoordeling van de mogelijke oneerlijkheid (onredelijke bezwarendheid) zou dan niet nodig zijn. Vernietiging van het kernbeding zou dan logischerwijs moeten leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst, omdat van een kernbeding slechts sprake is indien de overeenkomst zonder het beding niet tot stand zou kunnen komen vanwege de onbepaalbaarheid van de wederzijdse verbintenissen van partijen.⁴⁰ In dat geval kan de overeenkomst derhalve niet in stand blijven, zoals de hoofdregel van artikel 37, tweede zin, van het richtlijnvoorstel⁴¹ voorschrijft.

5 De open norm van artikel 32 van het richtlijnvoorstel

De kern van de huidige richtlijn oneerlijke contractsbedingen wordt gevormd door de omschrijving van het begrip 'oneerlijk beding' in artikel 3 lid 1:

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

Deze bepaling is nagenoeg letterlijk overgenomen in artikel 32 lid 1 richtlijnvoorstel. Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding dient volgens het tweede lid te worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval ten tijde van de contractsluiting. Daarbij dient mede te worden gelet op alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, de

39 Ook art. 4 lid 2 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen houdt een dergelijke toetsing nadrukkelijk buiten het toepassingsgebied van de richtlijn.

40 In deze zin ook Jongeneel 2006, p. 328.

41 Zie in dezelfde zin art. 6 lid 1 richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en de wijze waarop hij de bedingen aan de consument heeft gepresenteerd en ter kennis heeft gebracht.⁴² Volgens overweging 48 van de preambule dient voorts te worden gelet op de onderhandelingsposities van de partijen, op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. Van een oneerlijk beding is geen sprake, aldus overweging 48, als de handelaar 'eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij'. Aangenomen mag worden dat deze toets niet afwijkt van wat thans geldt onder artikel 6:233 onder a BW. Van echte eenwording van het algemene voorwaardenrecht is echter geen sprake, nu het Hof van Justitie van de EG in het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest⁴³ het nadrukkelijk aan de nationale rechter overlaat om te beoordelen of een beding aan de criteria voldoet om als oneerlijk te worden aangemerkt en dat hierbij ook dient te worden gezien welke gevolgen het beding kan hebben onder de invloed van het overigens op de overeenkomst toepasselijke recht. In dat opzicht kan van volledige harmonisatie slechts sprake zijn wanneer het gehele vermogensrecht is geharmoniseerd. Enige duidelijkheid over de toelaatbaarheid kan natuurlijk worden geboden door de rechtspraak, maar het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest brengt mee dat het oordeel van het *Bundesgerichtshof* in Duitsland niet zonder meer overeen zal komen met het oordeel van de *Cour de Cassation* in Frankrijk of de Hoge Raad in Nederland. Een beding kan daardoor in de ene lidstaat wel als oneerlijk worden gezien, maar in de andere lidstaat zijn toegestaan. Alleen ten aanzien van het forumkeuzebeding staat vast dat het altijd als oneerlijk moet worden aangemerkt, omdat, zoals het Hof van Justitie van de EG in het arrest *Freiburger Kommunalbauten* stelt, dit beding uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekt en geen tegenprestatie voor de consument inhoudt, waardoor ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van de door de richtlijn aan de consument toegekende rechten. Het was daardoor in het *Océano*-arrest mogelijk om het oneerlijke karakter van dit beding vast te stellen zonder dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst hoefden te worden onderzocht en zonder dat de voor- en nadelen die in het op de overeenkomst toepasselijke nationale recht aan dit beding verbonden waren, hoefden te worden beoordeeld, aldus het Hof. Voor andere bedingen kan dat volgens het Hof niet zo in absolute zin worden gesteld.⁴⁴ Dat brengt mee dat ondernemingen die in verschillende landen overeenkomsten met consumenten sluiten, ook in de toekomst verschillende sets met algemene voorwaarden zullen moeten gebruiken. In die situatie zal de voorgestelde richtlijn consumentenrechten geen wijziging aanbrengen.

42 Zie in vergelijkbare zin ook art. 4 lid 1 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, waar de beide laatste factoren overigens niet met zoveel woorden zijn genoemd.

43 HvJ EG 1 april 2004, zaak C-237/02, Jur. 2004, p. I-3403 (*Freiburger Kommunalbauten Baugesellschaft/Hofstetter*).

44 HvJ EG 1 april 2004, zaak C-237/02, Jur. 2004, p. I-3403 (*Freiburger Kommunalbauten Baugesellschaft/Hofstetter*).

6 Grijs en zwarte lijst

Een open norm als die van artikel 3 lid 1 van de huidige richtlijn oneerlijke contractsbedingen, artikel 32 lid 1 van het richtlijnvoorstel en artikel 6:233 sub a BW heeft als nadeel dat zij vaak weinig steun biedt aan de praktijk. In veel rechtsstelsels wordt de praktijk echter geholpen, doordat de wetgever zwarte en grijze lijsten heeft gecreëerd van bedingen die geacht of vermoed worden oneerlijk te zijn.

Op basis van artikel 3 lid 3 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen is ook bij deze richtlijn een bijlage opgenomen met 'een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt'. In de preambule is over deze lijst slechts bepaald dat zij 'gelet op dit minimumkarakter, door de Lidstaten in het kader van hun nationale wetgeving aangevuld of beperkender geformuleerd kan worden, met name wat de draagwijdte van die bedingen betreft'.⁴⁵ In het arrest Commissie/Zweden heeft het Hof van Justitie van de EG geoordeeld dat de lidstaten de lijst niet in hun wetgeving behoeven op te nemen en dat een beding dat op de lijst voorkomt niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk behoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet op voorkomt desalniettemin oneerlijk kan worden bevonden.⁴⁶ Het feit dat het forumkeuzebeding onder een op deze 'blauwe' lijst geplaatst beding viel, werd echter door het Hof in het *Océano*-arrest⁴⁷ nadrukkelijk genoemd in zijn argumentatie dat het beding oneerlijk was. Hieruit kan worden afgeleid dat het voorkomen van een beding op de blauwe lijst te zien is als een aanwijzing dat het beding oneerlijk is,⁴⁸ maar het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te oordelen of een concreet beding ook daadwerkelijk oneerlijk is.⁴⁹ Een en ander brengt mee dat de status van de bijlage bij de richtlijn hoogst ongewis is.

De Europese Commissie heeft uit de reacties op het Groenboek Herziening van het consumentenacquis geconcludeerd dat er grote steun bestaat om de lijst om te vormen tot een zwarte en grijze lijst: de helft van alle respondenten, waaronder het Europees Parlement en een duidelijke meerderheid van achttien lidstaten, toonde zich voorstander van een dergelijke aanpassing, terwijl het bedrijfsleven op dit punt verdeeld was.⁵⁰ Ook het Gemeenschappelijk Referentiekader kent een zwarte en een grijze lijst, zij het dat de zwarte lijst van Artikel II.-9:410 draft-CFR helaas slechts bestaat uit één beding: het forumkeuzebeding, dat door het Hof van Justitie van de EG reeds als in alle gevallen oneerlijk is aangemerkt.⁵¹ De huidige bijlage bij de richtlijn is in zijn geheel opgenomen in Artikel II.-9:411 draft-CFR, dat bepaalt dat de daarin opgenomen bedingen vermoed worden oneerlijk te zijn. Gelijk onze grijze

45 Zie overweging 17 van de preambule bij de richtlijn oneerlijke contractsbedingen.

46 HvJ EG 7 mei 2002, zaak C-478/99, Jur. 2002, p. I-4147 (Commissie/Zweden).

47 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, Jur. 2000, p. I-4941 (*Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a.*).

48 Hijma 2003, p. 8, spreekt in dit verband van een 'argumentatief effect' van de plaatsing van een beding op de blauwe lijst.

49 Vgl. HvJ EG 1 april 2004, zaak C-237/02, Jur. 2004, p. I-3403 (*Freiburger Kommunalbauten Bau-gesellschaft/Hofstetter*).

50 Review of consumer acquis document, p. 7.

51 Art. II.-9:410 draft-CFR.

M.B.M. Loos

lijst van artikel 6:237 BW is het dan aan de handelaar om te bewijzen dat het beding in het concrete geval tóch eerlijk is. Of dit het geval is, moet worden vastgesteld overeenkomstig de open norm van Artikel II.-9:408 draft-CFR, welke overeenkomt met die van artikel 32 lid 1 van het richtlijnvoorstel. In een eerder commentaar op de grijze lijst van Artikel II.-9:411 draft-CFR heb ik reeds opgemerkt dat enkele bepalingen die daarop geplaatst zijn, mijns inziens thuishoren op de *zwarte* lijst.⁵² Daarbij kan met name worden gedacht aan bedingen waarmee aansprakelijkheid van de handelaar voor letselschade of overlijden wordt beperkt of uitgesloten (Art.-II. 9:411 onder (a) draft-CFR). Een dergelijk beding is naar Nederlands recht grijs (art. 6:237 sub f BW maakt immers geen onderscheid naar de reikwijdte van de exoneratie), maar in de meeste lidstaten steeds verboden.⁵³

De Commissie heeft gebruikgemaakt van de ondervonden steun voor de invoering van een zwarte en grijze lijst en daarbij de bestaande blauwe lijst over de beide nieuwe lijsten verdeeld; aan de lijst van bedingen zijn slechts enkele toegevoegd. Opmerkelijk is overigens dat het forumkeuzebeding, nota bene het enige beding waarvan het Hof zelf oordeelde dat het altijd als oneerlijk moet worden beschouwd, op deze lijst ontbreekt.⁵⁴ De zwarte lijst bestaat uit vijf bedingen die in alle gevallen als oneerlijk *worden* aangemerkt (art. 34 en bijlage II bij het richtlijnvoorstel), de grijze lijst uit twaalf bedingen die *vermoed* worden oneerlijk te zijn (art. 35 en bijlage III bij het richtlijnvoorstel). De lijsten dienen ertoe om te zorgen voor rechtszekerheid en om het functioneren van de interne markt te verbeteren.⁵⁵ Zij dienen dan ook in alle lidstaten te worden omgezet in wetgeving.⁵⁶

Voor wijziging van de lijsten is een bijzondere procedure ontworpen. De wijziging gebeurt door de Europese Commissie. De in het richtlijnvoorstel aangegeven procedure voor de wijziging van de lijsten is uiteraard eenvoudiger te volgen dan een algehele wijziging van de richtlijn zelf. Desalniettemin lijkt het onwaarschijnlijk dat de procedure zal leiden tot frequente aanpassingen van de lijsten. Zo zijn de Nederlandse lijsten sinds de invoering ervan in 1992 nog nooit gewijzigd, ofschoon voor wijziging van de lijsten geen wetswijziging vereist is, maar slechts een na raadpleging van representatieve organisaties vast te stellen algemene maatregel van bestuur.⁵⁷ Zowel voor de wijziging van de Nederlandse als de Europese lijsten geldt echter, dat indien er politieke wil is om tot wijziging over te gaan, de procedure niet

52 Zie M.B.M. Loos, *Review of the European Consumer Acquis*, Munich: Sellier, European law publishers 2008, p. 43.

53 Zie hierover M. Ebers, *Unfair Contract terms*, in: H. Schulte-Nölke et al., *EC Consumer Law Compendium. Comparative analysis*, Munich: Sellier, European law publishers 2008, p. 377.

54 Tijdens een symposium over het richtlijnvoorstel in Manchester op 12 en 13 januari 2009 zei Eric Sitbon, medewerker van de Europese Commissie, desgevraagd dat plaatsing op de Europese zwarte lijst niet nodig was, omdat een dergelijk beding volgens de Rome I-verordening niet is toegestaan. Deze opvatting is echter slechts juist ten aanzien van de *internationale* forumkeuze; het Océano-arrest had juist betrekking op een *nationale* forumkeuze. De omissie lijkt derhalve te berusten op een vergissing.

55 Zie overweging 50 van de preambule bij het richtlijnvoorstel.

56 Vgl. art. 34 en 35 van het richtlijnvoorstel; zie ook overweging 50.

57 Zie art. 6:239 BW.

al te ingewikkeld is. Daartoe zal de Commissie gebruik moeten maken van de bijzondere bevoegdheden die artikel 39 lid 2 van het richtlijnvoorstel haar biedt om tot de wijziging over te gaan. De bevoegdheid dient te worden gebruikt om te waarborgen dat de regels inzake oneerlijke bedingen op consistente wijze worden toegepast.⁵⁸ De Commissie zal daartoe worden bijgestaan door het speciaal hiervoor ingestelde 'Comité voor oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten'.⁵⁹ Het comité zal jaarlijks drie maal⁶⁰ bijeenkomen om te oordelen over de vraag of de lijsten moeten worden aangevuld met bedingen die in de lidstaten als oneerlijk zijn geoordeeld; op de lidstaten wordt in dit kader de verplichting gelegd om van dergelijke beslissingen van rechters of toezichthouders melding te maken aan de Europese Commissie. De verplichting geldt echter slechts voor die beslissingen die de lidstaten 'relevant achten met het oog op aanpassing' van de bijlagen.⁶¹ Met andere woorden: het is aan de discretie van de lidstaten overgelaten of zij een beslissing waarmee een beding als oneerlijk wordt aangemerkt ook melden aan de Europese Commissie. Een dergelijke beperking lijkt niet onverstandig: het zou ongetwijfeld om veel te veel uitspraken of beslissingen gaan, zodat het hele systeem zou worden overladen. Bovendien dient bij de beoordeling van de mogelijke oneerlijkheid rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zodat het feit dat een beding in een *bepaald* (concreet) geval oneerlijk wordt geoordeeld, niet automatisch betekent dat het in *alle* gevallen (absoluut) oneerlijk is. Dat is overigens anders bij een op de voet van artikel 38 gevoerde collectieve actieprocedure, waar juist van concrete omstandigheden wordt geabstraheerd. Dergelijke beslissingen lenen zich waarschijnlijk beter voor veralgemenisering op Europees niveau en zouden in mijn ogen dan ook steeds moeten worden gemeld aan de Commissie. Het lijkt er overigens op dat – anders dan de Nederlandse regeling van artikel 6:239 BW – de wijzigingsprocedure van artikel 39 van het richtlijnvoorstel er slechts toe kan leiden dat bedingen worden *toegevoegd* aan de zwarte en grijze lijst: de bewoordingen van artikel 39 laten weinig tot geen ruimte om de werkings sfeer van de beide lijsten in de toekomst in te perken. Mocht dat toch wenselijk worden gevonden, dan zal de richtlijn zelf moeten worden gewijzigd. Onduidelijk is ten slotte of de wijzigingsbevoegdheid mee kan brengen dat een beding van de grijze lijst wordt overgebracht naar de zwarte lijst. Nu het hier om een aanscherping van de lijsten zou gaan, lijkt dit wel toegestaan. De omgekeerde weg – een beding dat van de zwarte naar de grijze lijst zou gaan – leidt tot een verzwakking van de consumentenbescherming, waarvoor mijns inziens een wijziging van de richtlijn zelf vereist zou zijn.

Nu het richtlijnvoorstel uitgaat van volledige harmonisatie, zullen de bestaande nationale grijze en zwarte lijsten, zoals die van artikel 6:236 en 237 BW, moeten worden afgeschaft.⁶² Dat is voor het Nederlandse recht niet zonder problemen: op

58 Zie overweging 53 bij het richtlijnvoorstel.

59 Zie art. 40 lid 1 van het richtlijnvoorstel.

60 Zie de toelichting die aan het richtlijnvoorstel voorafgaat, p. 8.

61 Zie art. 39 lid 1 van het richtlijnvoorstel.

62 Zo ook R.R.R. Hardy & G.G. Hesens, Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten, WPNR (2009) 6783.

de bestaande Nederlandse zwarte en grijze lijsten staan aanmerkelijk meer bedingen (dertien op de zwarte lijst, dertien op de grijze lijst)⁶³ dan op de lijsten van Annex II (zwarte lijst, vijf bedingen) en Annex III (grijze lijst, twaalf bedingen). Dat zou kunnen betekenen dat het beschermingsniveau in Nederland zou kunnen dalen, nu aanmerkelijk minder bedingen op de Europese zwarte en grijze lijst dan op de bestaande Nederlandse lijsten voorkomen.⁶⁴ Ter relativering moet overigens worden opgemerkt dat de Europese lijsten veel ruimere omschrijvingen van verboden of verdachte bedingen bevatten, zodat het verschil in de praktijk zou kunnen meevallen. Dat neemt niet weg dat er bedingen zijn die thans zwart of grijs zijn en bij ongewijzigde aanvaarding van het richtlijnvoorstel slechts grijs zijn of die zelfs op geen van beide lijsten voorkomen. In het bijzonder denk ik daarbij aan de bepalingen van artikel 6:236 sub g BW (bedingen tot verkorting van wettelijke verjarings- en vervaltermijnen tot minder dan één jaar) en van artikel 6:236 sub h BW (vrijwaringsbedingen), waarvan noch op de Europese zwarte lijst, noch op de Europese grijze lijst een pendant te vinden is. Betekent dit nu dat dergelijke bedingen in de toekomst wel toegestaan zijn? Voor een dergelijke *a contrario*-redenering – ‘het beding staat niet meer op een van de lijsten en is dus kennelijk wel acceptabel’ – bestaat naar mijn mening geen enkele aanleiding. Integendeel: het staat de Nederlandse rechter vrij om bij de toepassing van de open norm van artikel 6:233 sub a BW betekenis toe te kennen aan het feit dat een beding op de ‘oude’ zwarte of grijze lijst stond. Men zou in dit verband kunnen spreken van retrociperende interpretatie⁶⁵ of van reflexwerking van de oude zwarte en grijze lijsten op de open norm. De met behulp daarvan als onredelijk bezwarend of oneerlijk aangemerkte bedingen zouden vervolgens via de in artikel 39 en 40 van het richtlijnvoorstel genoemde procedure kunnen worden voorgedragen voor opname op de Europese zwarte en grijze lijst. De Nederlandse wetgever zou er echter goed aan doen om hier niet op te wachten, maar te trachten om in het kader van de onderhandelingen over de definitieve inhoud van de richtlijn consumentenrechten de Europese lijsten nog aan te passen door toevoeging van (in ieder geval) de op onze zwarte lijst voorkomende bedingen.

63 Overigens is thans een wetsvoorstel aanhangig op grond waarvan (naast andere aanpassingen) aan de zwarte lijst één beding zou worden toegevoegd, zie Bijl. H.TK. 2005/06, 30 520, nr. 2. Op het wetsvoorstel is evenwel forse kritiek geuit, vgl. A.I. van Mierlo & D.J. Beenders, *Enige (juridische) kanttekeningen bij het wetsvoorstel betreffende de beperking van stilzwijgende verlenging van consumentenovereenkomsten*, WPNR (2007) 6719; G.J.P. de Vries, Paal en perk aan bedingen ter stilzwijgende verlenging van consumentenovereenkomsten, maar hoe?, *TvC* 2007/4, p. 122-124.

64 De Nederlandse wetgever is zich hiervan overigens bewust, vgl. de brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 3 december 2008 aan de Tweede Kamer naar aanleiding van het richtlijnvoorstel, Bijl. H.TK. 2008/09, 22 112, nr. 742, p. 7.

65 De term is van H.J. Sniijders, *Retrocipatie: opmerkingen over het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde precedënten bij de toepassing van het huidige, dit in aansluiting op beschouwingen over de betekenis van precedënten in het algemeen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1995.

7 Vernietigbaarheid of nietigheid?

In Nederland was lange tijd omstreden of de sanctie van vernietigbaarheid van een onredelijk bezwarend beding wel in overeenstemming is met artikel 6 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen, dat vereist dat oneerlijke bedingen de consument 'niet binden'. De sanctie 'vernietigbaarheid' brengt immers met zich dat het beding tot het moment van vernietiging geldig is en het de ermee beoogde rechtsgevolgen heeft; pas door de vernietiging ontvalt de geldigheid aan het beding.⁶⁶ Op de vernietiging is de algemene regeling van artikel 3:49 en verder BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat de vernietiging zowel door de rechter als door middel van buitengerechtelijke verklaring kan geschieden.⁶⁷ In beide gevallen lijkt vereist dat de wederpartij een *beroep* doet op de vernietigbaarheid, met andere woorden: dat zij actie onderneemt om zich te bevrijden van de gebondenheid aan een onredelijk bezwarend beding. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG volgt echter dat de nationale rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in consumentenovereenkomsten.⁶⁸ Uit het recente *Pannon*-arrest⁶⁹ blijkt dan ook dat de nietigheid van het onredelijk bezwarende beding van rechtswege geldt. Dat oordeel wordt evenwel genuanceerd door het antwoord op de tweede in dat arrest gestelde vraag – is ambtshalve toetsing verplicht? Volgens het Hof luidt het antwoord op die vraag bevestigend 'zodra hij (de rechter, MBML) over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt' (r.o. 32). Dat brengt in ieder geval met zich dat het beding onderdeel moet zijn van de rechtsstrijd van partijen – simpel gezegd: het beding moet relevant zijn voor de beoordeling van het geschil waarover partijen procederen. Indien dat het geval is, moet onderscheid worden gemaakt tussen zwarte en andere bedingen. Bij een zwart beding is het eenvoudig: een dergelijk beding kan niet door de feitelijke omstandigheden worden gerechtvaardigd en dient derhalve door de rechter als onredelijk bezwarend te worden aangemerkt.

Lastiger is het wanneer het gaat om een grijs beding of om een beding dat aan de open norm van artikel 6:233 sub a BW zou moeten worden getoetst. Bij grijze bedingen ligt de bewijslast op de ondernemer – die moet bewijzen dat het beding *niet* onredelijk bezwarend is –, terwijl bij andere bedingen uitgangspunt is dat de consument gehouden is te bewijzen dat het beding *wel* onredelijk bezwarend is. Op dit punt is het arrest van het Hof moeilijker te vertalen naar de Nederlandse situatie: bewijslast betekent immers ook bewijsrisico. Voor het geval de bewijslast op de ondernemer rust (wat bij de grijze bedingen het geval is), is het probleem niet zo groot: óf de ondernemer slaagt erin te bewijzen dat het beding niet onredelijk bezwarend is, waarmee het dus een geldig beding is waar hij in beginsel ook een beroep op kan doen, óf de ondernemer slaagt daar niet in, in welk geval het beding

66 Asser/Hartkamp II, nr. 460.

67 Hijma 2003, p. 69-70; Asser/Hartkamp II, nr. 359.

68 Vgl. HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, Jur. 2000, p. I-4941 (Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a.); HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, Jur. 2002, p. I-1875 (Cofidis/Fredout) en HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05, Jur. 2006, p. I-10421 (Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium).

69 HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, n.n.g. (Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Gyórfi).

M.B.M. Loos

onredelijk bezwarend is. Daarbij is niet van belang of de ondernemer gepoogd heeft het bewijs te leveren, maar daarin niet is geslaagd, of op dit punt in het geheel niets heeft gesteld: ook in het laatste geval is het bewijsvermoeden immers niet ontzenuwd en is het beding dus onredelijk bezwarend. Bij een ‘gewoon’ beding, waarvoor geen bewijsvermoeden geldt, draagt de consument de last te bewijzen dat het beding onredelijk bezwarend is. Wanneer hij daarvoor onvoldoende stelt of niet slaagt in het leveren van het bewijs van de onredelijkheid van het beding, zal de rechter het beding in stand laten, omdat niet is vast komen te staan dat het beding onredelijk bezwarend (oneerlijk) is. Daarbij past niet dat de rechter ambtshalve feitelijke gegevens verzamelt of laat verzamelen: op dit punt is de rechter nog altijd lijdelijk.⁷⁰ Indien een consument echter aanvoert dat een exoneratieclausule onredelijk bezwarend is en de ondernemer voert slechts het verweer dat een beroep op vernietiging van de exoneratieclausule verjaard is, dan laat de ondernemer na inhoudelijk verweer te voeren tegen de stelling van de consument. Aangezien met het beroep van de consument op de onredelijkbezwarendheid van het beding dit beroep tot de rechtsstrijd van partijen behoort, is de rechter – ook indien hij van oordeel is dat het beroep op verjaring van de vernietigingsgrond terecht is gedaan – bevoegd zo nodig ambtshalve te beoordelen of het beding inderdaad onredelijk bezwarend (oneerlijk) is. Nu de exoneratieclausule op de grijze lijst staat (art. 6:237 sub f BW) en de ondernemer niets heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van het beding, zal de rechter het beding als oneerlijk moeten beschouwen en het buiten toepassing moeten laten.

Veel is duidelijk geworden met het Pannon-arrest, maar nog niet alles: het Hof oordeelt wel dat de consument niet een beding behoeft te betwisten, maar of de rechter nu – na te hebben geoordeeld dat het beding onredelijk bezwarend is – zelf tot ‘nietigverklaring’ van het beding kan besluiten dan wel door middel van richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:248 lid 2 BW – dat naast artikel 6:233 sub a BW van toepassing is⁷¹ en ambtshalve dient te worden toegepast⁷² – moet voorkomen dat het Nederlandse recht niet aan de eisen van de richtlijn voldoet, is nog niet beslist. Voor de rechtzoekende is die vraag van minder belang, daar het resultaat – hij is niet gebonden aan het oneerlijke (onredelijk bezwarende) beding – in het concrete geval hetzelfde is.

Een en ander betekent dat de sanctie van vernietigbaarheid lijkt te volstaan, mits de rechter bereid is om in overeenkomsten waarbij de wederpartij een consument is, het onredelijk bezwarende (‘oneerlijke’) karakter van een beding ambtshalve te toetsen en daaruit zo nodig ook de consequentie te trekken dat hij een onredelijk bezwarend beding vernietigt dan wel buiten toepassing laat.

De invoering van de richtlijn consumentenrechten zal in ieder geval niet tot een andere opvatting dwingen: artikel 37 van het richtlijnvoorstel bepaalt, evenals thans

70 Vgl. ook HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Jur.1995, p. I-4075 (Van Schijndel).

71 Zie HR 14 juni 2002, LJN AE0659 (Bramer/Colpro).

72 Hijma 2003, p. 71; V. van den Brink, in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 78.

het geval is, dat oneerlijke bedingen ‘niet bindend’ zijn voor de consument. Overweging 54 maakt echter duidelijk dat de lidstaten ‘gebruik (kunnen) maken van ieder gewenst concept/element van het nationale verbintenissenrecht dat beantwoordt aan de doelstelling dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten niet bindend moeten zijn voor de consument’. Gezien het oordeel van het Hof in de zaak *Pannon* lijkt dit mee te brengen dat zolang de Nederlandse rechter inderdaad ambtshalve oneerlijke bedingen buiten toepassing laat, de sanctie van vernietigbaarheid volstaat. Een en ander laat overigens onverlet dat wetswijziging mijns inziens wel wenselijk zou zijn, aangezien een dergelijke ambtshalve toepassing van artikel 3:40 lid 2 en 6:248 lid 2 BW in ieder geval niet voor iedere rechter vanzelfsprekend blijkt te zijn.⁷³

8 Conclusie: gevolgen van het richtlijnvoorstel voor het Nederlandse recht

Het richtlijnvoorstel zal bij ongewijzigde vaststelling belangrijke gevolgen hebben. Het meest in het oogspringend is daarbij de vervanging van de bestaande zwarte en grijze lijst door een Europese zwarte en grijze lijst, welke lijsten gebaseerd zijn op de bestaande indicatieve (blauwe) lijst en slechts ten dele overeenstemmen met de bestaande Nederlandse zwarte en grijze lijst. Welke gevolgen dit zal hebben voor bedingen die wel op de bestaande Nederlandse zwarte of grijze lijst staan, maar niet op een van de Europese lijsten, is vooralsnog onduidelijk. Verwacht mag worden dat de Nederlandse rechter, bij de toetsing aan de open norm van artikel 6:233 sub a BW, zal retrociperen op deze lijsten. Het voorkomen van een beding op deze dan ingetrokken lijsten kan immers als ‘omstandigheid van het geval’ door de rechter worden meegewogen. Via een omweg zouden deze bedingen uiteindelijk toch op de Europese lijsten terecht kunnen komen door wijziging van die bedingen volgens de in te voeren procedure van artikel 39 van het richtlijnvoorstel. Beter lijkt het echter als de Nederlandse wetgever tijdens het onderhandelingsproces probeert in ieder geval de nog niet genoemde bedingen van de zwarte lijst – in het bijzonder die van artikel 6:236 sub g en h BW – toe te doen voegen aan de Europese lijsten. Of een dergelijke poging zou slagen, is uiteraard niet goed te voorspellen.

De inhoudstoetsing zelf ondergaat nauwelijks een verandering. Dat betekent ook dat van echte eenwording van het algemene voorwaardenrecht echter geen sprake is, nu het Hof van Justitie van de EG in het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest⁷⁴ het nadrukkelijk aan de nationale rechter overlaat om te beoordelen of een beding aan de criteria voldoet om als oneerlijk te worden aangemerkt en dat hierbij ook dient te worden gezien welke gevolgen het beding kan hebben onder de invloed van het overigens op de overeenkomst toepasselijke recht. In dat opzicht kan van volledige harmonisatie slechts sprake zijn wanneer het gehele vermogensrecht is

73 Zie in dit verband M.B.M. Loos, *Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?*, WPNR (2007) 6727, p. 867-869, met reactie van A.S. Hartkamp en naschrift van M.B.M. Loos in WPNR (2007) 6736, p. 1055-1058.

74 HvJ EG 1 april 2004, zaak C-237/02, Jur. 2004, p. I-3403 (*Freiburger Kommunalbauten Baugesellschaft/Hofstetter*).

M.B.M. Loos

geharmoniseerd. Dat brengt mee dat ondernemingen die in verschillende landen overeenkomsten met consumenten sluiten, ook in de toekomst verschillende sets met algemene voorwaarden zullen moeten gebruiken. In die situatie zal de voorgestelde richtlijn consumentenrechten geen wijziging aanbrengen. Zo bezien is de poging om tot verdere harmonisatie te komen, dan ook mislukt. Ook de betekenis van het transparantiebeginsel wordt in het richtlijnvoorstel helaas niet verduidelijkt.

Het richtlijnvoorstel kent ook een informatieplicht, welke echter niet voorzien is van een duidelijke sanctie. Nu overweging 58 van de preambule bij het voorstel bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat er een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie staat op schending van de informatieplicht, lijkt het verdedigbaar artikel 6:233 onder b en 234 BW zo op te vatten dat er geen (verboden) extra eisen worden gesteld betreffende de wijze waarop de informatieplicht kan worden nagekomen, maar dat zij slechts de *gevolgen* van het niet-naleven van de informatieplicht regelen. Indien de handelaar een kernbeding niet tijdig onder de aandacht van de consument brengt, zou deze schending van de informatieplicht overigens met zich brengen dat het kernbeding getoetst kan worden aan artikel 6:233 sub a BW. Dat betekent dat de definitie van het begrip ‘algemene voorwaarden’ in artikel 6:231 sub a BW zal moeten worden aangepast. Voor zover de regeling van de informatieplicht ongewijzigd blijft, volgt uit de schending van de informatieplicht dan direct dat het kernbeding vernietigbaar is, hetgeen veelal zal lijden tot algehele nietigheid van de overeenkomst.

Ook in ander opzicht zou de definitie van het begrip ‘algemene voorwaarden’ aangepast moeten worden. Volgens de huidige richtlijn oneerlijke contractsbedingen vallen zowel individuele bedingen als bedingen die het voorwerp van onderhandelingen hebben gevormd buiten het toepassingsgebied van de richtlijn; zij kunnen daardoor niet aan de open norm van artikel 3 lid 1 van de richtlijn worden getoetst. De consumentenorganisaties en een meerderheid van de lidstaten waren voorstander van een uitbreiding van de inhoudscontrole tot individuele bedingen.⁷⁵ Naar geldend Nederlands recht kunnen individuele bedingen niet worden getoetst aan artikel 6:233 sub a BW, maar geldt dat wel voor een beding waarover tussen partijen is onderhandeld maar dat niet is gewijzigd. De Europese Commissie heeft uiteindelijk het standpunt van het bedrijfsleven en van de minderheid van de lidstaten gevolgd dat op dit punt de status quo gehandhaafd dient te blijven. Indien het richtlijnvoorstel ongewijzigd zal worden aanvaard, brengt het karakter van volledige harmonisatie met zich dat het Nederlandse recht op dit punt gewijzigd zal moeten worden: een beding waarover onderhandeld is, zal dan niet getoetst kunnen worden aan artikel 6:233 sub a en (dus) ook niet wegens oneerlijkheid buiten toepassing worden gelaten, ook niet als het beding niet gewijzigd is en het op de Europese zwarte of grijze lijst voorkomt. De Nederlandse wetgever doet er goed aan op dit punt zijn positie nog eens te heroverwegen: deze wijziging zet de deur van misbruik wagenwijd open voor handelaren die zogenaamd bereid zijn te onderhandelen over een beding,

75 Review of consumer acquis document, p. 6.

maar in werkelijkheid geen duimbreed willen toegeven. Het enkele feit dat er onderhandeld is, zou dan voldoende zijn voor het ontlopen van de wettelijke toetsing.⁷⁶ Mocht het richtlijnvoorstel niet aldus worden aangepast, dan lijkt een expliciete wetswijziging, hoewel strikt gezien niet nodig, wenselijk.

In het richtlijnvoorstel worden ook van de toetsing aan artikel 32 uitgezonderd bedingen 'die dwingende wettelijke of regelgevende bepalingen weerspiegelen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en met de bepalingen of beginselen van internationale verdragen waarbij de Gemeenschap of de lidstaten partij zijn'. In een dergelijke uitzondering wordt thans in Nederland niet voorzien. De bepaling leidt ook tot problemen, omdat onduidelijk is van wie de niet te toetsen regels afkomstig zijn (ook lagere overheden? Ook in beleidsregels vervatte bedingen?), terwijl ze ook van toepassing blijkt te zijn op bedingen die overeenkomen met bepalingen van *aanvullend* recht. Bovendien is de uitzondering niet nodig: rechters en toezichthouders zullen slechts bij hoge uitzondering een beding dat overeenkomt met de wet onredelijk bezwarend achten. Juist waar dat tóch gebeurt, zullen daar klemmende redenen voor zijn. Het is dan beter om de rechter en toezichthouder die mogelijkheid te laten.

De sanctie van vernietigbaarheid, ten slotte, wordt niet geraakt door het richtlijnvoorstel. Het voorstel gebruikt dezelfde terminologie als de huidige richtlijn (oneerlijke bedingen mogen consumenten 'niet binden'), maar tezamen met ambtshalve toepassing van artikel 3:40 lid 2 en 6:248 lid 2 BW lijkt de vernietigbaarheid vooralsnog ver genoeg te gaan, zeker nu overweging 54 van de preambule het aan de lidstaten overlaat van welk juridisch concept zij gebruik willen maken.

Al met al lijken de wijzigingen die het richtlijnvoorstel op het gebied van de algemene voorwaarden met zich meebrengt, redelijk beperkt. De belangrijkste wijziging betreft de vervanging van de zwarte en grijze lijst door een Europese zwarte en grijze lijst, die elkaar grotendeels maar niet geheel overlappen. De wijzigingen in het toepassingsgebied lijken vrij beperkt. Enige onzekerheid bestaat vooral over de positie van de informatieplicht, die in ieder geval anders zal moeten worden gehanteerd dan de wetgever aanvankelijk beoogd had: artikel 6:234 BW zal in ieder geval niet meer als een limitatieve invulling van de informatieplicht van artikel 6:233 BW kunnen worden opgevat.

76 Vgl. Hijma 2003, p. 19.